

Bankers opplysningsplikt overfor forbrukerkausjoner, finansavtaleloven § 59.



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 549
Leveringsfrist: 25.04.2012

Til sammen 17945 ord

16.04.2012

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensninger	2
1.3	Rettskildebildet	2
1.3.1	Innledning	2
1.3.2	Særlig om uttalelser fra Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank	4
1.4	Temaets aktualitet	7
1.5	Videre fremstilling	8
<u>2</u>	<u>VIRKEOMRÅDET FOR FINANSAVTALELOVEN KAPITTEL 4</u>	<u>9</u>
2.1	Innledning	9
2.2	Saklig virkeområde – ”kausjon”	9
2.3	Personelt virkeområde	10
2.3.1	”Finansinstitusjon”	10
2.3.2	Forbrukerbegrepet	11
<u>3</u>	<u>INNHALDET AV OPPLYSNINGSPLIKTEN ETTER FINANSAVTALELOVEN § 59</u>	<u>18</u>
3.1	Innledning	18
3.2	Særskilte krav til bankens opplysninger	19
3.2.1	Skriftlighet	19
3.2.2	Tidspunktet for opplysningsplikt	20
3.2.3	Tilgjengeliggjøring av låneavtalen, jfr. § 59(2)	20

3.3	Orientering om den alminnelig risiko	21
3.4	Kausjonsforpliktelsens omfang og varighet	24
3.4.1	Innledning	24
3.4.2	Opplysninger om hvilke låneavtaler kausjonen omfatter	25
3.4.3	Spesifikasjon av kausjonens beløp	29
3.4.4	Opplysninger om aksessorier	31
3.4.5	Varigheten av kausjonsansvaret	32
3.5	Kausjonistens forutsetning om sidesikkerhet fra andre	33
3.5.1	Opplysninger om eksistensen av annen sikkerhet	33
3.5.2	Informasjon om verdien av sidesikkerheten	34
3.6	Kausjonistens forutsetning om gjeldsforsikring	35
3.7	Kausjon for eldre gjeld	36
3.8	Opplysninger om "andre forhold"	38
3.9	Bankens plikt til å opplyse om forhold som den burde kjenne til	41
4	RETTSVIRKNINGER AV BRUDD PÅ OPPLYSNINGSPLIKTEN	44
4.1	Innledning	44
4.2	Kravet til kausalitet	45
4.3	Rettslig grunnlag for nedsettelse eller bortfall av kausjonistens ansvar	45
4.3.1	Innledning	45
4.3.2	Gyldighetsbetingelser	46
4.3.3	Avtalevilkår	46
4.3.4	Andre opplysninger	48
5	BETYDNINGEN AV KAUSJONISTENS UNDERSØKELSESPLIKT	53
5.1	Innledning	53
5.2	Når har kausjonisten plikt til å foreta undersøkelser?	55

5.2.1	Innledning	55
5.2.2	Forhold ved kausjonisten	55
5.2.3	Tilgjengeligheten av det aktuelle forhold	58
5.2.4	Press	60
5.2.5	Oppfordring om å undersøke	61
5.2.6	Forholdet mellom kausjonisten og låntaker	62
5.3	Rettsvirkninger av brudd på undersøkelsesplikten	63
6	KILDER	65

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Kausjonsavtaler utgjør viktige økonomiske funksjoner i kredittlivet.¹ Den som ønsker å realisere en økonomisk plan, men som ikke selv har de nødvendige midler til dette, må anskaffe kreditten på annen måte.² Ofte oppsøkes en bank i håp om å få et lån. For banken innebærer imidlertid utlån en viss risiko for at låntaker ikke tilbakebetaler kreditten. Særlig gjelder dette dersom låntakers økonomi er svak, eller andre særlige forhold tilsier at det er en fare for at låntaker ikke vil kunne betjene lånet. Banken vil da kreve sikkerhet for at den får riktig oppfyllelse, og kausjonsstillelse er et viktig hjelpemiddel for låntaker til å få utbetalt det ønskede lån. Kausjon innebærer at kausjonisten stiller seg solidarisk ansvarlig for lånet sammen med låntaker, slik at han eller hun er forpliktet til å innfri lånesummen dersom låntaker ikke selv innfrir denne.³ Kausjonisten overtar på denne måten den økonomiske risikoen ved utlånet.⁴ Formålet er således at banken skal ha mulighet til å søke dekning hos flere, og dermed få bedre sikkerhet for sitt tilbakebetalingskrav.

Ved å stille garanti for en annens forpliktelse påtar man seg imidlertid en stor risiko. Oppfyller ikke låntaker sine forpliktelser etter låneavtalen, vil kausjonsansvaret få store økonomiske konsekvenser for kausjonisten. For noen kausjonister vil ansvaret også være en stor påkjenning. Banken kan i verste fall inndrive kausjonsbeløpet gjennom tvangssalg av garantistens hjem. Kausjonister har følgelig et sterkt behov for at deres interesser blir

¹ Ot.prp. nr. 41 (1998-1999) (heretter Ot.prp. nr. 41) s. 64.

² Smith (1981) s. 33.

³ Torvund (1997) s. 146.

⁴ Smith (1981) s. 57.

ivaretatt før det inngås avtale om kausjon. Særlig gjelder dette hvor forbrukere avgir kausjon til sikkerhet for et krav hvor en profesjonell bank er kreditor etter kausjonen.⁵

Tema for fremstillingen er i hvilken utstrekning bankene har opplysningsplikt når de inngår avtaler med forbrukerkausjonister. Det vil bli redegjort for innholdet av og anvendelsesområdet for reglene om informasjonsplikt i henhold til lov 25. juni 1999 nr. 46 om finansavtaler og finansoppdrag⁶ § 59, samt hvilke rettslige konsekvenser en pliktforsømmelse fra bankens side vil ha for kausjonsansvaret. Avslutningsvis vil jeg behandle betydningen av kausjonistens plikt til å foreta egne undersøkelser.

1.2 Avgrensninger

Forarbeidene til finansavtaleloven sonderer mellom tre ulike former for garanti, henholdsvis egengarantier, selvstendige garantier og tredjemannsgarantier.⁷ Sistnevnte gjelder der kausjonisten garanterer for oppfyllelse av en annens forpliktelse. Fordi oppmerksomheten vil vies til kausjon som sikkerhet for bankens tilbakebetalingskrav mot låntaker, er det bare tredjemannsgarantier som vil bli behandlet i fremstillingen.

Videre avgrenses fremstillingen til å gjelde garantier stillet av forbrukerkausjonister.

Bakgrunnen for dette er at ordlyden i fil. § 59 retter seg direkte mot forbrukere.

Bestemmelsen tar dessuten hovedsakelig sikte på å beskytte forbrukeren som den antatt svakere part i kontraktsforholdet.⁸ Jeg vil behandle forbrukerbegrepet i punkt 2.3.2.

1.3 Rettskildebildet

1.3.1 Innledning

Juridisk metode er i utgangspunktet lik ved løsningen av alle rettsspørsmål. Jeg finner det imidlertid riktig å si noe om den konkrete rettskildebruken i denne fremstillingen.

⁵ Ot.prp. nr. 41 s. 67.

⁶ Heretter fil. eller finansavtaleloven.

⁷ NOU 1994:19 s. 81.

⁸ NOU 1994:19 s. 32.

Rettslig grunnlag for bankenes opplysningsplikt overfor forbrukerkausjonister er finansavtaleloven § 59. I tiden før finansavtaleloven var reglene om bankenes plikt til å forhåndsinformere kausjonister utviklet og regulert gjennom rettspraksis. Oppfatningen var at kausjonister frem mot 1980-tallet ble behandlet for strengt.⁹ Kausjonister ble i stor grad pålagt et langt mer omfattende kausjonsansvar enn det de hadde forutsetninger om ved avtaleinngåelsen. Enkelt sagt var det kausjonisten som måtte se seg for ved inngåelsen av kausjonsavtalen.¹⁰ I to sentrale dommer på 1980-tallet fant det sted en viss oppmykning av praksis. Det ble fastslått at kreditor etter en kausjon plikter å opptre aktsomt og lojalt overfor kausjonisten, jfr. Rt.1984 s. 28 og Rt.1988 s. 1078. Den eldre rettspraksis ble dessuten modifisert ved vedtakelsen av avtaleloven¹¹ § 36. Bestemmelsen medførte at man etter en konkret helhetsvurdering kunne tilsidesette kausjonen dersom det ville være urimelig av banken å gjøre denne gjeldende.¹² Til tross for de skjerpede krav til lojalitet i kausjonsforhold som vokste frem, mente lovgiver at lovregulering var nødvendig for å sikre forutberegnelighet og rimelighet for begge parter i kontraktsforholdet.¹³

Lovfestingen av opplysningsplikten i fil. § 59 resulterte i mer presise handlingsregler for bankene, og i tråd med den alminnelige rettskildelære vil lovteksten være den viktigste rettskilden ved tolkingen av bestemmelsen.¹⁴ Siden fremstillingen også dreier seg om opplysningsplikten i § 59, er det naturlig at ordlyden får en sentral rolle.

Forarbeidene til finansavtaleloven vil også ha stor betydning ved lovtolkingen. I likhet med de øvrige rettskilder, er forarbeidenes vekt relativ. Med dette menes at man ikke kan

⁹ NOU 1994:19 s. 34.

¹⁰ Hagstrøm (2003) s. 45.

¹¹ Lov 31.mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (heretter avtaleloven).

¹² Hagstrøm (2003) s. 48.

¹³ NOU 1994:19 s. 32.

¹⁴ Andenæs (2009) [b] s. 15.

bedømme forarbeidenes vekt bare ved å se på forarbeidene selv. I utgangspunktet må man derfor se på hvilken vekt forarbeidene har i forhold til de andre rettskildefaktorene.¹⁵ På det kausjonsrettslige området er loven så vidt ny, og det foreligger lite Høyesterettspraksis etter lovfestingen. I tillegg inneholder forarbeidene i stor grad klare uttalelser og lovgivers standpunkter er grundig begrunnet. Gode grunner taler derfor for at forarbeidene får betydelig vekt ved tolkingen av § 59. Avgjørelsen fra Høyesterett, inntatt i Rt.2006 s. 1, trekker i samme retning. Jeg vil komme nærmere tilbake dommen nedenfor i punkt 2.3.2. Fra et rettskildeperspektiv er det imidlertid sentralt at Høyesterett anså seg bundet av lovens ordlyd samt klare uttalelser i forarbeidene for hvorledes ordlyden var å forstå, til tross for at sterke reelle hensyn tilsa en annen løsning.

Videre vil rettspraksis, i samsvar med den alminnelige rettskildelære, få betydning ved tolkingen av finansavtalelovens regler om kausjon. I tiden etter finansavtaleloven har det vært avsagt få avgjørelser fra Høyesterett. I den grad Høyesterett har avgjort et spørsmål, vil imidlertid dommen være en sentral rettskilde.¹⁶ På den annen side foreligger det omfattende underrettspraksis. Dommer fra de lavere instanser vil ikke ha samme gjennomslagskraft som en dom fra Høyesterett, men de kan fungere som illustrasjon for hvordan spørsmål har vært løst. Det vil dessuten være naturlig å tillegge underrettspraksis økt betydning der det foreligger en serie med avgjørelser med samme resultat.¹⁷

1.3.2 Særlig om uttalelser fra Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank

Bestemmelsen i finansavtaleloven § 4 gir rettslig grunnlag for opprettelse av ulike klagenemnder rettet mot forbrukere, og i 1988 ble Bankklagenemnda opprettet som tvisteløsningsorgan for saker som blant annet gjelder kausjon.¹⁸ Denne avtalen ble avløst i 2010 gjennom Avtale om Finansklagenemnda, hvilket betyr at Finansklagenemnda Bank

¹⁵ Eckhoff (2001) s. 27-28.

¹⁶ Eckhoff (2001) s. 159 og 161.

¹⁷ Smith (1997) s. 18.

¹⁸ Jfr. Hovedavtale for Bankklagenemnda (1988) §2-2.

nå har overtatt posisjonen som det utenrettslige tvisteløsningsorgan mellom banker og forbrukere i bank-og finanssaker.¹⁹

Problemstillingen er hvilken vekt avgjørelser fra nemnda skal tillegges ved rettsanvendelsen.

Avtale om Finansklagenemnda punkt 4.6 fastslår at uttalelsene bare rådgivende. Utgangspunktet er derfor at uttalelsene ikke er rettslig bindende for partene eller domstolene, hvilket innebærer at det er opp til partene selv om de ønsker å følge den.²⁰

På den annen side er det knyttet mange fordeler til slike tvisteløsningsorganer. Saksbehandlingen er enkel, rask og kostnadsfri for partene. Sammenlignet med domstolsbehandling, som ofte tar lang tid og som kan innebære til dels omfattende sakskostnader, vil slike avgjørelser være et godt alternativ for forbrukere.²¹ Antall saker som har blitt behandlet i Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank de siste årene, vitner også om at disse har vært, og er, de sentrale tvisteløsningsorganer på området. Aldri før har nemnda avgitt så mange uttalelser. Bare i 2010 avga Bankklagenemnda 197 uttalelser, hvorav 14 av disse dreide seg om kausjonsrettslige spørsmål.²²

Gode grunner taler altså for at uttalelsene i alle fall bør ha betydelig argumentasjonsverdi ved rettsanvendelsen. Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank er satt sammen av medlemmer med betydelig kunnskap innenfor bank- og finanssaker, noe som gjør nemnda svært kvalifisert til å kunne foreta en rimelig avveining av partenes motstridende interesser

¹⁹ Jfr. Avtale om Finansklagenemnda (2010) punkt 1.

²⁰ Hagstrøm (2000) s. 9 og 11.

²¹ Hagstrøm (2000) s. 11.

²² Jfr. Årsberetning fra Finansklagenemnda (2010) s. 29.

i den enkelte sak.²³ I juridisk teori er det også lagt til grunn at uttalelsene vil få betydning, men da først og fremst gjennom deres argumentasjonsverdi.²⁴

Et sentralt spørsmål blir derfor om avgjørelsene kan få noen selvstendig rettskildeverdi utover dette.

Det er nærliggende å anta at nemndsavgjørelser bare vil kunne få selvstendig betydning dersom gjeldende rett er åpen eller uklar. Til støtte for et slikt synspunkt finner man i den juridiske teori²⁵, og i rettspraksis. I Rt.1984 s. 248 tok Høyesterett et generelt standpunkt til hva slags vekt uttalelser fra Næringslivets Konkurransautvalg bør ha ved løsningen av rettsspørsmål. Høyesterett uttalte at ”De responsa som avgis av et organ som Næringslivets Konkurransautvalg binder ikke domstolene, selv om jeg er enig i at det ofte vil være naturlig å tillegge dem betydelig vekt”. Dommen sier ikke noe generelt om praksis fra andre utenrettslige tvisteløsningsorganer, herunder Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank. Likheten mellom sistnevnte organer og Næringslivets Konkurransautvalg er likevel store da de begge er domstollignende organer som avgir rådgivende uttalelser. Dommen taler derfor for at også avgjørelser fra Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank vil kunne få ”betydelig vekt” som rettskilde. En avgjørelse som trekker i samme retning, er Rt.2005 s.1447. Høyesterett foretar ingen prejudisiell drøftelse av rettskildeverdien av nemndspraksis, men den viser at praksis fra Bankklagenemnda er en relevant rettskilde, og at den blir tillagt en viss vekt.

Tendensen i rettspraksis synes også å være at uttalelsenes rettskildeverdi i stor grad beror på om det bare foreligger en avgjørelse eller flere avgjørelser med lignende resultat.²⁶ I Rt.2006 s.1217 uttaler Høyesterett at avgjørelser fra Pasientskadenemnda må ”tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for, eller ha gitt seg utslag i, en fast og

²³ Andenæs (2009) [b] s. 99 og Hagstrøm(2000) s. 11.

²⁴ Andenæs (2009) [b] s. 98.

²⁵ Hagstrøm (2000) s. 11 og Smith (1997) s. 18.

²⁶ Smith (1997) s. 18.

konsistent praksis”. Tilsvarende formulering fremgår av avgjørelsen inntatt i Rt.2008 s.218. Det er nærliggende å anta at Høyesterett vil komme til samme resultat når det gjelder praksis fra Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank, slik at praksisen først og fremst vil få vekt der den innarbeider en fast regel.

1.4 Temaets aktualitet

Rekkevidden av bankenes plikt til å informere forbrukerkausjonisten før avtaleinngåelsen, har vært en ”klassisk” problemstilling på kontraktsrettens område. Tidligere har spørsmålet vært løst etter ulovfestet rett, og det finnes derfor mange eksempler på tvister vedrørende bankenes opplysningsplikt fra rettspraksis.

Ved å lovfeste bankenes plikt til å gi forbrukerkausjonister forhåndsopplysninger, tok lovgiver sikte på å klargjøre rettstilstanden og å hindre at det oppstod konflikter mellom partene.²⁷ Nyere praksis fra domstolene, Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank viser imidlertid at temaet fortsatt er aktuelt.

Også Finanstilsynets nye retningslinjer for bankene ved lån til boligformål²⁸, gjør temaet til en dagsaktuell problemstilling. Kort sagt heves kravet til egenkapital fra 10 prosent til 15 prosent av boligens markedsverdi. Dette betyr at bankene ikke bør yte boliglån som utgjør mer enn 85 prosent av boligens verdi, jfr. rundskrivets pkt. 3. Bakgrunnen for innstramningen i retningslinjene er, i følge rundskrivet, at gjeldsbelastningen i Norge ligger på et meget høyt nivå. Skjerpelsene innebærer at bankene må kreve tilleggssikkerhet dersom låntaker ikke har den nevnte egenkapital, jfr. pkt. 4 i retningslinjene. Det er derfor nærliggende å anta at kausjon vil bli svært aktuelt for mange boligkjøpere i tiden som kommer. I en tid hvor bankene trolig ønsker å opprettholde den omfattende utlånspraksis som har funnet sted de senere år, er det imidlertid viktig at hensynet til forbrukerkausjonister blir ivaretatt. En vesentlig oppgave fremover blir derfor å rette

²⁷ NOU 1994:19 s. 32.

²⁸ Finanstilsynet (29/2011) s.4.

oppmerksomhet mot bestemmelsen i fil. § 59, og å sørge for at bankene overholder forpliktelsene som er oppstilt i denne.

1.5 Videre fremstilling

Før jeg går inn på innholdet av opplysningsplikten etter fil. § 59, vil jeg i punkt 2 gjøre rede for regelens anvendelsesområde. I punkt 3 behandles spørsmålet om hvilke opplysninger banken plikter å gi til kausjonisten før kausjonsinngåelsen. Videre skal jeg redegjøre for hvilke konsekvenser det vil ha for kausjonsansvaret at banken misligholder sin plikt etter fil. § 59, se punkt 4. Avslutningsvis vil jeg rette søkelyset mot hva slags betydning kausjonistens egen undersøkelsesplikt vil ha for omfanget av bankens opplysningsplikt.

2 Virkeområdet for finansavtaleloven kapittel 4

2.1 Innledning

Fil. §59 befinner seg i kapittel 4 i finansavtaleloven, og det er derfor nødvendig å foreta en avgrensning av virkeområdet for denne del av loven. Kapittelets anvendelsesområde fastlegges av §57, og det skal av den grunn redegjøres for denne i det følgende.

2.2 Saklig virkeområde – ”kausjon”

Paragraf 57 bestemmer at loven gjelder for ”kausjon”. Loven gir imidlertid ingen definisjon av uttrykket. Problemstillingen i det følgende blir derfor hvilke erklæringer som anses som ”kausjon” i finansavtalelovens forstand.

Det påpekes at det er erklæringens reelle innhold som er det avgjørende ved vurderingen av om den blir å regne som en ”kausjon”. Det vil derfor ikke ha betydning at partene har brukt betegnelsen kausjon.²⁹

Forarbeidene til fil. angir tre kumulative kjennetegn på en kausjon. For det første må det foreligge en avtale med en annens kreditor nettopp i dennes egenskap av å være kreditor i et annet kontraktsforhold. Videre må det fremgå av kontrakten at kausjonisten skal være ansvarlig sammen med debitor i hovedforholdet. Kausjonisten og debitor må med andre ord være solidarisk ansvarlig for kreditors krav. For det tredje må formålet med avtalen være å gi kreditor større sikkerhet for at han får dekning for sitt krav. Hensikten med avtalen må således være at kausjonisten garanterer overfor kreditor at han vil få sitt krav oppfylt av debitor.³⁰ På denne bakgrunn er det klart at en forbrukers erklæring om å garantere for

²⁹ Ot.prp. nr. 41 s. 63.

³⁰ NOU 1994:19 s. 174.

låntakers betalingsforpliktelse overfor banken, omfattes av kausjonsbegrepet. Banken er kreditor i låneavtalen med låntaker, forbrukeren vil bli solidarisk ansvarlig med låntaker ved undertegnelsen av kontrakten og formålet med erklæringen er å gi banken sikkerhet for tilbakebetaling.

Det er altså slått fast i forarbeidene at erklæringer fra kausjonister med personlig ansvar for en annens gjeld, regnes som "kausjon". I § 57(2) utvides kausjonsbegrepet ytterligere. Det fremgår av denne bestemmelsen at loven også gjelder der det stilles realkausjon. Med dette menes pant som er stilt for en annens gjeld enn pantets eier.³¹ Dersom en forbruker pantsetter sitt hus til sikkerhet for naboens lån i banken, anses dette som realkausjon. Dette er et løfte til banken om at den kan søke dekning i hans bolig dersom naboen misligholder sin betalingsforpliktelse. Begrunnelsen for at loven også gjelder slik kausjon, er at lovgiver anså det som naturlig at slike kausjonister fikk samme vern som kausjonister med personlig ansvar.³²

2.3 Personelt virkeområde

2.3.1 "Finansinstitusjon"

Det følger av §57(1) første punktum at reglene om kausjon gjelder for "finansinstitusjoner". Med dette menes at kreditor etter kausjonens må være en finansinstitusjon eller lignende institusjon.³³ Kapitlets kjerneområde vil således være tema for fremstillingen, nemlig kausjoner avgitt av forbrukere overfor en bank.³⁴

³¹ NOU 1994:19 s. 175.

³² l.c.

³³ NOU 1994:19 s. 174.

³⁴ l.c.

2.3.2 Forbrukerbegrepet

2.3.2.1 Innledning

Siden fremstillingen dreier seg om fil. § 59, og denne gjelder informasjonsplikt overfor ”forbruker”, er det påkrevet å gi en nærmere avgrensning av dette begrepet. I tillegg fremgår det av fil. § 2 (1) første punktum at loven bare er preseptorisk når kausjonen er avgitt av en ”forbruker”. En nærmere definisjon vil følgelig ha betydning for bestemmelsens fravikelighet.

Det er gitt en generell definisjon av uttrykket ”forbruker” i fil. § 2 (1) annet punktum.

Bestemmelsen fastslår at en fysisk person som inngår avtale hvorved formålet med denne ”ikke hovedsakelig er knyttet til næringsvirksomhet”, anses som ”forbruker”.

Bestemmelsen må ses i sammenheng med § 57(3) litra a som angir en egen forbrukerdefinisjon tilpasset til kausjonstilfellene. Det var viktig for lovgiver å fremheve at det er kausjonistens formål med kausjonsavtalen som er det avgjørende for om han eller hun skal anses som ”forbruker”.³⁵ Paragraf 57(3) litra a slår derfor fast at det foreligger forbrukerkausjon der ”kausjonens formål for kausjonisten ikke hovedsakelig er knyttet til kausjonistens næringsvirksomhet”. Regelen begrunnes med at kausjonistens behov for informasjon og vern i utgangspunktet vil være den samme uavhengig av om låntaker er forbruker eller næringsdrivende. Kausjonistens vern bør derfor ikke bero på om låntaker er en fysisk eller juridisk person.³⁶

En vesentlig oppgave blir å klargjøre når kausjonen hovedsakelig er knyttet til ”kausjonistens næringsvirksomhet”.

Ordlyden i § 57(3) litra a er vagt formulert, og forbrukervernets rekkevidde beror derfor på en konkret helhetsvurdering. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier at for at kausjonisten skal falle utenfor lovens forbrukerdefinisjon, må han eller hun utøve en viss

³⁵ NOU 1994:19 s. 175.

³⁶ NOU 2009:11 s. 135.

form for virksomhetsaktivitet som i relativt stor grad er tilknyttet kausjonen, jfr. uttrykket ”hovedsakelig”. Noen nærmere veiledning for vurderingen, får man imidlertid ikke av lovteksten. For å forstå innholdet av uttrykket ”kausjonistens næringsvirksomhet”, må det derfor ses hen til andre relevante rettskildefaktorer.

Forarbeidene angir visse momenter for helhetsvurderingen. For det første fastslås det at forbrukervernet i loven kommer til anvendelse selv om det skulle foreligge næringsmessige innslag for kausjonisten, så fremt ikke formålet med kausjonen ”hovedsakelig” er næringsmessig.³⁷ Sett at kausjonistens ektefelle driver bilutleie, og trenger lån for å finansiere nye leiebiler. Den avgitte kausjon vil i slike tilfeller ha innslag av næringsvirksomhet, men vil ikke være tilstrekkelig for å utelukke at finansavtalelovens § 59 kommer til anvendelse. Har kausjonen tilknytning til næringsvirksomhet som ikke drives av kausjonisten, skal det altså mye til for å falle utenfor forbrukerdefinisjonen.

Spørsmålet er hvordan dette stiller seg dersom kausjonen på den annen side er knyttet til næringsvirksomhet som kausjonisten utøver.

Spørsmålet kommer i utgangspunktet ikke på spissen dersom deltaker i et ansvarlig selskap eller et enkeltpersons foretak ønsker å tegne kausjon for foretakets eller selskapets gjeld. Begrunnelsen for dette er at kausjonisten allerede vil være personlig ansvarlig for gjeldsforpliktelsene som følge av den valgte selskapsform, slik at han eller hun ikke kan tegne kausjon til sikkerhet for virksomhetens forpliktelser.³⁸

Avgir derimot deltakeren et løfte om sikkerhet for andre rettssubjekters forpliktelser i forbindelse med virksomhetsutøvelse i et enkeltpersons foretak eller i et ansvarlig selskap, vil kausjonen ”klart” omfattes av uttrykket ”kausjonistens næringsvirksomhet”.³⁹ Sett at et

³⁷ NOU 1994:19 s. 175.

³⁸ Prop 65L (2009-2010)(heretter Prop 65L) s. 194.

³⁹ Ot.prp. nr. 41 s. 66.

ansvarlig selskap som produserer plastbåter har behov for nye materialer, men at deres leverandør ikke har økonomiske midler til å skaffe materialene. Dersom deltakerne i det ansvarlige selskapet i forbindelse med leverandørens låneopptak avgir løfte om sikkerhet for bankens tilbakebetalingskrav, er det etter forarbeidene ”klart” at kausjonistene ikke er ”forbrukere”. De vil således falle utenfor det personelle anvendelsesområdet for § 59.

Mer tvilsom er situasjonen der et selskap med ansvarsbegrensninger tar opp lån i banken, og en fysisk person med tilknytning til dette selskapet stiller sikkerhet for lånet. I det følgende vil oppmerksomheten vies mot lån til aksjeselskaper, men reglene gjelder også øvrige selskapsformer med begrenset ansvar. Tilknytningen til selskapet er gjerne i form av eierandeler og/eller ansettelse, men kan for eksempel også være i form av styreverv. I slike tilfeller er det vanskelig å avgjøre i hvor stor grad låntakers næringsvirksomhet skal identifiseres med kausjonisten. Før lovendringen i 2010 var dette spørsmålet regulert av § 57(4), som nå er opphevet. Bestemmelsens første punktum hadde følgende ordlyd:

”Virksomhet som drives gjennom et aksjeselskap eller et annet selskap med begrenset ansvar, regnes ikke i seg selv som kausjonistens næringsvirksomhet etter tredje ledd”

Bestemmelsen tok sikte på å klargjøre at en fysisk person som kausjonerer for gjeld som et aksjeselskap stifter, som hovedregel skal regnes som ”forbruker”. Dette skulle gjelde uavhengig av om kausjonisten var aksjonær eller ansatt i selskapet, og til tross for størrelsen på kausjonistens eventuelle eierandel i aksjeselskapet.⁴⁰ Departementet mente at kausjonisten ville ha behov for vern i slike tilfeller.⁴¹

Hovedregelen ble likevel modifisert noe i forarbeidene, hvor det fremgår at kausjonisten ville bli regnet som næringsdrivende dersom ”kausjonisten på et annet eller videre grunnlag

⁴⁰ Prop 65L s. 197.

⁴¹ Ot.prp. nr. 41 s. 66.

enn eierandelen i det aktuelle selskapet” , tilsa det.⁴² Et så vagt unntak skapte imidlertid forvirring, og det var langt fra sikkert hvilke forhold som kunne gi unntaket anvendelse.⁴³ Ordlyden i § 57 (4) sett i sammenheng med uttalelsene i forarbeidene gav derfor et langt større forbrukervern enn om man bare hadde hatt § 57 (3) litra a å forholde seg til. En følge av dette var at kausjonister som i realiteten utførte næringsvirksomhet gjennom et aksjeselskap, ble omfattet av vernebestemmelsene i finansavtalelovens regler om kausjon.⁴⁴ Avgjørelsen inntatt i Rt.2006 s. 1 illustrerer dette. Saken gjaldt tvist om tre personer som eide eller kontrollerte 83 prosent av aksjene i et selskap, deltok som de eneste i selskapets styrende organer og som sto for selskapets virksomhet, falt inn under forbrukerbegrepet i § 57. Til dette svarte Høyesterett at loven gikk ”svært langt om kausjonistene også i et slikt tilfelle som dette skal regnes som forbrukere”. På bakgrunn av ordlyden i § 57 (4) og klare uttalelser i forarbeidene kom imidlertid Høyesterett til at kausjonistene ble omfattet av forbrukerbegrepet.

Som følge av den nevnte avgjørelsen og den kritikk som ble reist mot § 57(4) i juridisk teori⁴⁵, ble bestemmelsen opphevet. Departementet fremhevet at forbrukervernreglene ikke burde komme til anvendelse når det inngås kausjonsavtaler mellom parter som i realiteten er profesjonelle.⁴⁶

2.3.2.2 Rettstilstanden etter lovendringen i 2010

Problemstillingen i det følgende er hvordan vurderingen av aksjonærgarantier skal foretas etter opphevelsen av § 57 (4).

⁴² Ot.prp. nr. 41 s. 66.

⁴³ Prop 65L s. 197.

⁴⁴ NOU 2009:11 s. 136.

⁴⁵ Vinje (2006) s. 315 og 316.

⁴⁶ Prop 65L s. 197 og 198.

Det rettslige utgangspunktet er at tilfellene som tidligere falt innunder fjerde ledd, nå må avgjøres gjennom en tolkning av hovedkriteriet ”kausjonistens næringsvirksomhet” i § 57(3).⁴⁷ Hvorvidt kausjonisten faller innunder virkeområdet for § 59 beror derfor på hva som er kausjonistens formål med kausjonen. Dette avgjøres etter en konkret helhetsvurdering av tilknytningen mellom kausjonisten og aksjeselskapet. Etter opphevelsen av § 57(4) har spørsmålet verken vært oppe i Finansklagenemnda Bank eller i domstolene, og det er derfor ikke mulig å si eksakt hvor grensen går. Forarbeidene har imidlertid funnet det riktig å si noe om den vurdering som må foretas etter lovendringen, og det vil det bli redegjort for disse i det følgende.

Det må antas at man i tiden som kommer vil få en økning av kausjonister som anses som næringsdrivende. Vernereglene for kausjonister, herunder § 59, vil derfor trolig bare komme til anvendelse der kausjonisten eier en mindre andel av aksjene, kausjonen gjelder små verdier og han eller hun ikke har noen ”annen vesentlig tilknytning til selskapet” enn aksjene.⁴⁸

Et viktig moment ved vurderingen er å undersøke om aksjonæren ville blitt ansett som forbruker dersom han eller hun selv hadde tatt opp lån i banken og anskaffet seg de aktuelle formuesgoder. Et bekreftende svar på dette innebærer at kausjonisten regnes som ”forbruker” etter § 57(3) litra a også når det kausjoneres for aksjeselskapets gjeld.⁴⁹ Sett at kausjonisten er aksjonær i et tømrefirma hvor alle tømmerne har egen firmabil som de kan benytte seg av i jobbsammenheng. Ved å garantere for firmaets låneopptak som skal finansiere flere firmabiler, vil aksjonæren falle innunder forbrukerbegrepet. Dette begrunnes med at dersom kausjonisten selv hadde kjøpt seg en slik bil med den hensikt å anvende den til vanlig bruk på lik måte som tømmerfirmaet, ville han blitt regnet som forbruker. Kausjonen har således ikke sterk nok tilknytning til næringsvirksomhet. Sett i stedet at kausjonisten er aksjonær i en virksomhet som driver med bilutleie. Stiller han eller

⁴⁷ Prop 65L s. 198.

⁴⁸ NOU 2009:11 s. 135.

⁴⁹ NOU 2009:11 s. 137.

hun kausjon for et lån som skal gå til finansiering av nye leiebiler til virksomheten, regnes ikke aksjonæren som ”forbruker”. Bakgrunnen for dette er at kausjonen er for nært knyttet til utleievirksomheten for å anse den som avgitt av en forbruker. Dessuten ville kausjonisten blitt ansett som næringsdrivende dersom han selv hadde tatt opp lån i banken for å anskaffe seg en bil med den hensikt å leie den ut.

Et annet moment ved vurderingen er å se på hvor kausjonistens inntekter stammer fra. Dersom hele eller vesentlige deler av denne kommer fra stillinger i selskapet, vil kausjonen ha tilstrekkelig tilknytning til ”kausjonistens næringsvirksomhet”.⁵⁰

På den annen side vil kausjonister som bare har en mindre aksjepost og liten eller ingen tilknytning til selskapets løpende virksomhet, normalt omfattes av forbrukerbegrepet i fil. § 57(3).⁵¹ Sett at kausjonisten er sønn av daglig leder og hovedaksjonær i et aksjeselskap, og at han i løpet av sin levetid har arvet 10% av aksjene i selskapet. Stiller sønnen kausjon i forbindelse med aksjeselskapets gjeld i banken, vil han falle innunder forbrukerbegrepet.

Denne hovedregelen modifiseres imidlertid noe. Til tross for at aksjonæren bare eier en mindre aksjepost i det låntakende selskap, regnes han eller hun som næringsdrivende dersom selskapets låneopptak på en indirekte måte vil fremme aksjonærens egen næringsvirksomhet.⁵² Sett i eksempelet over at kausjonistens formål med kausjonen først og fremst er å hjelpe faren sin, men at han i tillegg til dette driver eget selskap som er en viktig kunde av farens selskap. Relasjonen mellom selskapene gir kausjonistens selskap hyggelige priser. Sønnen har bare en liten aksjepost i det låntakende selskap, men en indirekte følge av at dette får utbetalt kreditt av banken, vil være at sønnens selskap kan opprettholde sin gode posisjon hos låntaker. En slik indirekte gevinst bør etter forarbeidene være nok til å anse kausjonisten som næringsdrivende.

⁵⁰ NOU 2009:11 s. 137.

⁵¹ l.c.

⁵² l.c.

Avslutningsvis synes forarbeidene å oppstille en særregel. Kausjonisten vil anses som næringsdrivende dersom hans eller hennes næringsvirksomhet er kontraktspart med aksjeselskapet som stifter gjeld i banken.⁵³ Dette gjelder uavhengig av om kausjonisten har annen tilknytning til det låntakende selskap, hvilket innebærer at det er kontrakten mellom selskapene som sådan som medfører at kausjonisten faller utenfor forbrukerbegrepet. Sett at kausjonisten driver turistvirksomhet på et lite tettsted i Nord-Norge, og den har inngått kontrakt med det eneste hotellet på stedet. Hotellet er i nærheten av å gå konkurs, og den trenger derfor ny kreditt for å kunne fortsette driften. Turistselskapet er avhengig av at turistene har et sted å bo, og en av aksjonærene i selskapet avgir derfor en kausjon som sikkerhet for hotellets lån i banken. Også i slike tilfeller vil kausjonen få indirekte positive virkninger for kausjonisten. Han bør derfor ikke nyte godene av lovens vernebestemmelser, herunder § 59.

⁵³ NOU 2009:11 s. 137.

3 Innholdet av opplysningsplikten etter finansavtaleloven § 59

3.1 Innledning

Det klare utgangspunktet i kontraktsretten er at hver av partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger ved avtaleinngåelsen.⁵⁴ Dette betyr at kausjonisten som hovedregel må undersøke hvilken risiko han eller hun påtar seg forut for avtaleinngåelsen. Innføringen av avtl. § 36 og utviklingen av ulovfestede lojalitetskrav medførte, som nevnt over, til en viss lemping av utgangspunktet. Vedtakelsen av fil. § 59 modifiserte hovedregelen ytterligere. I praksis vil banken normalt ha foretatt en kredittvurdering av låntaker, herunder innhentet informasjon om hans eller hennes økonomi, noe som gir den et godt grunnlag for å vurdere risikoen knyttet til en kredittytelse.⁵⁵ Forbrukerkausjonister har ofte ikke tilsvarende kunnskap og evne til vurdering. Etter gjeldende rett er derfor bankene nå pålagt en aktiv opplysningsplikt. Dette innebærer at bankene av eget tiltak må informere kausjonisten om visse risikomomenter.⁵⁶ Loven medfører både presiseringer av det som før finansavtaleloven var gjeldende rett, men også en utvidelse av opplysningsplikten på visse punkter.

Problemstillingen i det følgende har to sider. Den første er hvordan og når opplysningene i § 59 skal gis. Dette drøftes i punkt 3.2. Deretter er det et spørsmålet om hvilke opplysninger banken plikter å gi til kausjonisten før inngåelse av kausjonsavtaler etter § 59, se punkt 3.3.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 41 s. 67.

⁵⁵ Torvund (1997) s. 153.

⁵⁶ NOU 1994:19 s. 176.

3.2 Særskilte krav til bankens opplysninger

3.2.1 Skriftlighet

Det fremgår av finansavtaleloven § 59(1) at opplysningene skal gis skriftlig. Videre følger det av § 61(1) at skriftlighet er et gyldighetsvilkår for kausjonsavtalen. Bestemmelsene avviker således fra det tradisjonelle utgangspunktet om at muntlige kausjonsavtaler er like bindende som skriftlige.⁵⁷

Det er flere årsaker til at informasjonen må gis skriftlig. For det første kan kausjonsavtaler fremstå som kompleks for mange forbrukere. Den inneholder mye relevant informasjon, og det er derfor naturlig at banken gir disse skriftlig.⁵⁸ For det annet vil skriftlighet sikre at kausjonisten rent faktisk mottar de opplysninger han eller hun har krav på etter loven, herunder fremme kausjonistens mulighet til å få bearbeidet informasjonen som blir gitt, dersom han eller hun har innspill og forslag til endringer.⁵⁹ At kausjonisten mottar opplysningene skriftlig vil dessuten gi han eller hun et bevis for hva som er avtalt, noe som kan være til stor hjelp dersom kausjonsansvaret blir aktuelt.⁶⁰ For det fjerde vil skriftlige opplysninger fra banken gjøre det lettere for kausjonisten å skille mellom forhandlinger og avtaleinngåelse av kausjonsavtalen. I tiden før finansavtaleloven var det en flytende og uklar grense mellom forhandling og rettslig bindende avtale. Ikke sjeldent oppstod det tvist mellom bank og kausjonist om hvorvidt det var avgitt en bindende kausjonserklæring, eller om man fortsatt var i en forhandlingsfase. Skriftlighetskravet avklarer dermed rettstilstanden, og gjør det lettere for partene å forutberegne sin rettsstilling.⁶¹

Til tross for de forannevnte fordeler, kan det spørres om kravet til skriftlighet utelukkende vil være en heldig løsning for kausjonisten. Et hovedsynspunkt er at kausjonisten vil motta

⁵⁷ NOU 1994:19 s. 180.

⁵⁸ Dietz Legind (2002) s. 143.

⁵⁹ NOU 1994:19 s. 49.

⁶⁰ NOU 1994:19 s. 180.

⁶¹ Smith (1981) s. 128.

omfattende mengder med skriv, og det er av den grunn stor fare for at han eller hun ikke klarer å sette seg inn i den risiko som er forbundet med kausjonsstillelsen.⁶²

Problemstillingen vil bli behandlet i punkt 3.3.

3.2.2 Tidspunktet for opplysningsplikt

Paragraf 59(1) fastslår at opplysningene oppstilt i bestemmelsen skal gis skriftlig ”før det blir inngått avtale” med kausjonisten. Den hjemler således en pre-kontraktuell opplysningsplikt.

Ordlyden i bestemmelsen er imidlertid vag, og den angir ikke noe bestemt tidspunkt for når informasjonen senest skal gis. Regelen fikk derfor blandet mottakelse hos høringsinstansene.⁶³ Departementet ønsket likevel ikke å lovfeste noe bestemt tidspunkt, idet regelen etter sin ordlyd uansett vil sikre kausjonisten reelle muligheter til å vurdere de gitte opplysninger før kausjonsinngåelsen. Samtidig vil den sikre rask saksbehandling der kausjonisten er kjent med de faktiske forhold rundt låntakerens økonomi og risikoen ved å kausjonere.⁶⁴

Det avgjørende for oppfyllelse av det tidsmessige krav er derfor om opplysningene rent faktisk er gitt til kausjonisten før avtaleinngåelsen, og om kausjonisten har hatt en reell mulighet til å sette seg inn i den risiko som er forbundet med kausjonsansvaret.

3.2.3 Tilgjengeliggjøring av låneavtalen, jfr. § 59(2)

Banken har også plikt til å gjøre låneavtalen mellom banken og låntaker tilgjengelig for kausjonisten, jfr. fil. § 59 (2). Det praktiske vil være at banken sender ham eller henne en kopi av denne. Tanken bak bestemmelsen er trolig at låneavtalen fungere som et grunnlag for kausjonistens regresskrav mot låntaker dersom han eller hun har måttet innfri overfor banken som følge av låntakers mislighold.

⁶² Hagstrøm (2003) s. 51 og Dietz Legind (2002) s. 128 og 347.

⁶³ Ot.prp. nr. 41 s. 68.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 41 s. 69.

3.3 Orientering om den alminnelig risiko

Etter § 59(1) litra a skal banken opplyse kausjonisten om ”den alminnelige risiko” som er forbundet med et kausjonsansvar. I tiden før finansavtaleloven hadde kreditor ingen tilsvarende informasjonsplikt.⁶⁵ I praksis viste det seg imidlertid at mange stilte kausjon uten å ta hensyn til hva slags konsekvenser et slikt ansvar kunne få. Siktemålet med regelen er derfor å motvirke at kausjonsavtaler blir inngått uten at garantisten er klar over hvilken risiko dette innebærer.⁶⁶

Problemstillingen i det følgende er hva som menes med ”den alminnelige risiko”, og hva slags opplysninger banken av den grunn er forpliktet til å gi etter § 59(1) litra a.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”den alminnelige risiko” indikerer at banken har plikt til å informere kausjonisten om at han eller hun vil være forpliktet til å betale dersom det kausjonssikrede lån blir misligholdt av låntaker. Banken må således forklare at den vil rette et betalingskrav mot garantisten dersom låntaker ikke betaler avdrag og renter etter låneavtalen.⁶⁷ Videre er det nærliggende å anta at innholdet av opplysningsplikten etter litra a vil variere avhengig av om det skal avgis personalkausjon eller realkausjon, da risikoen forbundet med slike vil være forskjellig. I førstnevnte tilfelle vil banken ha plikt til å informere om at kausjonisten i utgangspunktet stiller alle sine økonomiske aktiva til disposisjon, og at han eller hun risikerer at alle disse vil gå tapt ved et eventuelt mislighold fra låntakers side. Står banken derimot overfor en realkausjonist, vil risikoen for kausjonisten være tvangssalg av formuesgodet som er beheftet med pant, og det er derfor dette banken er forpliktet til å gi opplysninger om.⁶⁸

Gode grunner taler også for å innfortolke et krav om at banken må orientere kausjonisten om forfallstidspunktet for kausjonen etter fil. § 71, og hvilken regressrett kausjonisten har

⁶⁵ Jfr. Rt.1995 s. 245.

⁶⁶ NOU 1994:19 s. 176.

⁶⁷ I.c.

⁶⁸ Dietz Legind (2002) s. 128-129.

overfor låntaker etter fil. § 70 ved en eventuell innfrielse av kausjonsansvaret. Kjennskap til slike forhold må sies å være en forutsetning for at kausjonisten skal ha mulighet til å forstå hvilken risiko han eller hun påtar seg ved en kausjonsstillelse. Til sammenligning følger det av forarbeidene til den finske lovgivning at banken skal gi kausjonisten beskjed om at han eller hun har regressrett mot låntaker.⁶⁹ I juridisk teori er det også antatt at opplysningsplikten etter fil. § 59 må ha et slikt innhold.⁷⁰

Det kan spørres om regelen i litra a virker som tilsiktet. Som all annen informasjon etter § 59, skal opplysninger om ”den alminnelig risiko” gis skriftlig. Lovgiver synes å bygge på en uriktig forutsetning om at forbrukeren vil forstå betydningen av opplysningene bare disse mottas skriftlig.⁷¹ Det er ikke nødvendigvis alltid slik at skriftlighet gir kausjonisten forståelse i hva slags risiko han eller hun påtar seg. Tvert imot er det grunn til å tro at skriftlig informasjon virker mot sin hensikt i visse tilfeller.

I praksis blir informasjonen etter litra a gitt av bankene gjennom relativt omfattende standard informasjonsskriv, en fremgangsmåte som for lengst er innarbeidet og godtatt. Avgjørelsen i BKN-2004-123 illustrer dette. I denne saken hadde banken implementert et skriv om ”Orientering om realkausjon” inn i garantierklæringen. Kausjonisten hevdet at dette var et brudd på litra a idet opplysningene i større grad måtte tilpasses individuelt, men fikk ikke medhold. Bankklagenemnda understrekte at loven stiller små krav til bankene, og at ”standarddokument utarbeidet av SPAMA, og som er godkjent av Sparebankforeningens dokumentutvalg”, vil være tilstrekkelig for å oppfylle lovens krav til opplysninger.

På et de lege ferenda nivå kan det argumenteres for at kompleksiteten ved en kausjonsavtale tilsier at opplysningene om risikoen bør gis på annen måte. Ved mottagelsen av standardskriv, kan det ikke utelukkes at en del forbrukere vil ha problemer med å sette seg inn i den konkrete risiko en slik avtale vil kunne medføre. Kausjonisten har derfor ofte

⁶⁹ Møgelvang-Hansen (1995) s. 36.

⁷⁰ Dietz Legind (2002) s. 129.

⁷¹ Hagstrøm (2003) s. 52.

behov for en nærmere forklaring.⁷² Videre vil bankens dobbeltrolle ved kausjonsstillelse antakeligvis svekke troverdigheten av de opplysninger som gis. På den ene siden er banken interessert i å inngå avtale om lån med faste kunder, mens den på den annen side har plikt til å advare låntakers kausjonist mot å undervurdere risikoen ved kausjonen. Disse motstridende hensyn vil skape problemer for långiver, noe som igjen vil kunne svekke forbrukerens stilling som kausjonist.⁷³

En alternativ løsning er å sette strek over skriftlighetskravet for opplysninger som skal gis etter litra a. Finsk lovgivning oppstiller for eksempel ikke noe krav til skriftlige opplysninger på dette punkt.⁷⁴ Muntlige opplysninger medfører imidlertid ikke sjelden omfattende bevismessige problemer, og det er derfor liten grunn til å velge et slikt alternativ.

På den annen side kan det oppstilles et krav om både skriftlige og muntlige opplysninger før avtaleinngåelsen. Tanken er at de kausjonister som i utgangspunktet har bruk for opplysninger om risikoen ved kausjonsansvaret etter litra a, ofte vil ha behov for en nærmere muntlig forklaring i tillegg. En forbrukerkausjonist vil sjelden søke råd hos en annen bank eller advokat før han eller hun påtar seg et kausjonsavtale.⁷⁵ En alternativ regel kan således være at man forut for avtaleinngåelsen mottar skriftlige opplysninger, og at man ved avtaleinngåelsen får informasjonen meddelt muntlig med forklaringer fra banken. Personlig kontakt mellom bank og kausjonist vil kunne avhjelpe eventuelle misforståelser som har oppstått ved kausjonistens gjennomlesning av den skriftlige informasjonen. I tillegg vil kausjonisten ha en reell mulighet til å få svar på de spørsmål han eller hun måtte ha før avtalen blir underskrevet.⁷⁶

⁷² Hagstrøm (2003) s. 52 og Dietz Legind (2002) s. 148.

⁷³ Møgelvang-Hansen (1995) s. 96.

⁷⁴ Hagstrøm (2003) s. 52.

⁷⁵ I.c.

⁷⁶ Dietz Legind (2002) s. 148.

Plikt til muntlig orientering i forkant av undertegnelsen kan imidlertid være til mer forvirring enn til hjelp. Der bankens representant gir kausjonisten muntlige opplysninger som avviker fra de banken har meddelt skriftlig, vil kausjonisten få bevismessige problemer. Dette taler mot at det bør oppstilles en muntlig opplysningsplikt i tillegg til den skriftlige. Et moment som trekker i samme retning, er at en slik regel neppe vil gi kausjonisten nevneverdig bedret rettsstilling i praksis, sammenlignet med gjeldende rett. Som oftest mottar kausjonisten skriftlige opplysninger en stund før avtaleinngåelsen, for deretter å henvende seg i banken hvor avtalen undertegnes. I slike situasjoner har kausjonisten adgang til å spørre om det han eller hun måtte lure på.⁷⁷

En mer hensiktsmessig måte å sikre at banken gir overbevisende informasjon om kausjonsansvarets risiko, er derimot å innføre bruk av faktahefter utarbeidet av objektive organisasjoner som arbeider for å ivareta forbrukerinteresser. På den måten sikrer man at opplysninger om ”den alminnelige risiko” skiller seg fra den øvrige informasjonen som blir gitt. Samtidig er det grunn til å tro at slike forbrukerorganisasjoner vil utarbeide letteste faktahefter.⁷⁸ Etter min mening blir derfor kausjonistens interesser best ivaretatt gjennom en slik formidling.

3.4 Kausjonsforpliktelsens omfang og varighet

3.4.1 Innledning

Før vedtakelsen av finansavtaleloven fantes det i utgangspunktet ingen begrensninger for kausjonens omfang, og det var derfor ikke utelukket at en kausjon kunne omfatte ”ethvert mellomværende” mellom banken og låntaker.⁷⁹ Med finansavtaleloven ble imidlertid spesialitetsprinsippet innført i kausjonsretten, hvilket betyr at det nå settes grenser for hvilket beløp og fordringsforhold en kausjon skal sikre, jfr. § 59(1) litra b og c. I tillegg skal kausjonisten få skriftlige opplysninger om kausjonens varighet, jfr. § 59(1) litra b.

⁷⁷ Se eksempelvis saksforholdet i LB-2006-66130 hvor saksbehandleren var tilgjengelig for å besvare eventuelle spørsmål fra kausjonisten.

⁷⁸ Møgelvang-Hansen (1995) s. 96.

⁷⁹ Smith (1997) s. 73.

Formålet med reglene er først og fremst å sikre kausjonisten reelle muligheter til å forutberegne sin rettsstilling, og en viktig forutsetning for dette er at kausjonisten har kjennskap til hvor stort et eventuelt ansvar kan bli.⁸⁰ Uten de ovennevnte begrensninger ville det vært adgang for banken og låntaker å inngå etterfølgende avtaler som forverrer kausjonistens stilling i vesentlig grad.⁸¹ Kausjonistens forutberegnelighet ville bli klart svekket, og en slik løsning kan derfor ikke tillates.

3.4.2 Opplysninger om hvilke låneavtaler kausjonen omfatter

I § 59(1) litra b er det fastslått at banken skal gi kausjonisten informasjon om ”de kreditter kausjonen skal omfatte”. Med dette menes at banken er forpliktet til klargjøre for kausjonisten hvilke avtaler kausjonen skal sikre.⁸² Sett i sammenheng med tilgjengeliggjøringskravet i § 59(2) skal bestemmelsen motvirke at det oppstår misforståelser og usikkerhet med hensyn til hvilke avtaler og forpliktelser som dekkes av kausjonen.⁸³

Som oftest vil kausjonsansvaret omfatte hele lånesummen. Det hender imidlertid at kausjonisten begrenser sitt ansvar til å gjelde bare et visst beløp av den kreditt som banken yter låntaker. En slik begrensning kan foretas enten gjennom å stille kausjon i form av begrenset helgaranti eller som delgaranti. Begrenset helgaranti foreligger dersom kausjonisten har begrenset sitt ansvar til å gjelde et bestemt beløp som er lavere enn lånesummen, men uten at det er mulig å peke på noen bestemt del av denne som han eller hun er ansvarlig for. Dersom kausjonisten i stedet begrenser sitt ansvar til å gjelde en bestemt del av lånet, regnes kausjonen som en delgaranti.⁸⁴ Sett at en boligkjøper tar opp tre millioner kroner i boliglån hos banken, mot at han får sin far til å stille som kausjonist. Begrenser kausjonisten sitt ansvar til å gjelde kr 500 000, anses kausjonen som en

⁸⁰ Ot.prp. nr. 41 s. 73.

⁸¹ NOU 1994:19 s. 181.

⁸² l.c.

⁸³ l.c.

⁸⁴ Bergsåker (2001) s. 129-130.

begrenset helgaranti. Tegner derimot faren kausjon for de kr 500 000 som etter låneavtalen skal nedbetales først, vil kausjonsansvaret omfatte en bestemt del av lånet, og kausjonen regnes derfor som en delgaranti.

Valget mellom begrenset helgaranti og delgaranti får stor betydning for kausjonisten. For det første får sontringen betydning når det skal tas stilling til om kausjonsansvaret reduseres ved enhver delinnfrielse av lånesummen fra låntaker, eller først når hele den siste delen av gjelden er nedbetalt, jfr. fil. § 67(1).⁸⁵ I rettspraksis er det slått fast at en kausjon som en deklatorisk hovedregel er en begrenset helgaranti.⁸⁶ Dette betyr at man presumerer at kausjonisten hefter for den sist innbetalte delen. Fremgår det derimot direkte av kausjonsavtalen hvilken del av gjelden som dekkes av kausjonsansvaret, vil kausjonistens ansvar reduseres så fort låntaker innfrir denne delen av lånet.⁸⁷ Det vil altså være svært fordelaktig for kausjonisten å stille kausjon i form av delgaranti.

Sontringen vil for det annet få konsekvenser for kausjonistens adgang til å melde sitt regresskrav i låntakers konkursbo. Regressrett vil kausjonisten ha etter kausjonsrettslige regler dersom han eller hun helt eller delvis har innfridd låneforpliktelsen på vegne av låntaker.⁸⁸ Har kausjonisten bare innfridd en del av forpliktelsen og låntaker er blitt insolvent, oppstår det imidlertid en konflikt mellom bankens tilbakebetalingskrav for den resterende gjeld og kausjonistens regresskrav mot låntakers konkursbo.⁸⁹

Utgangspunktet er da at både banken og den regressberettigede kausjonist kan melde sine krav i boet som dividendekrav.⁹⁰ Poenget er imidlertid at bankens krav vil utelukke kausjonisten sitt, og motsatt. Det må derfor tas stilling til når banken kan kreve full dividende for sitt tilbakebetalingskrav og når kausjonistens delbetaling reduserer dette.

⁸⁵ Bergsåker (2001) s. 131.

⁸⁶ Bergsåker (2001) s. 130.

⁸⁷ Smith (1997) s. 123-124.

⁸⁸ Smith (1997) s. 101.

⁸⁹ Andenæs (2009) [a] s. 400.

⁹⁰ Smith (1997) s. 109.

Rettslig grunnlag er dekningsloven⁹¹ § 8-7(1) nr.1 sammenholdt med § 8-9 annet punktum. Disse bestemmer at kreditors dividenderett i en skyldners bo ikke reduseres ved ”avdrag” fra en regressberettiget kausjonist, og skillet mellom de to begrensingsformene vil i den forbindelse få bestemmende betydning.⁹² Dersom kausjonen er en begrenset helgaranti, anses innbetalingen fra kausjonisten som et ”avdrag”. Dette betyr at banken vil beholde sin fulle dividenderett. Formålet med kausjon er å sikre bankens tilbakebetalingskrav, og det er derfor naturlig at banken har bedre rett enn den som hefter solidarisk med låntaker.⁹³ Kausjonisten har anledning til å melde sitt regresskrav som et dividendekrav, men får bare dekning for dette etter at banken har fått sitt, jfr. dekningsloven § 8-9.⁹⁴ Anses derimot kausjonen som en delgaranti, vil kausjonistens ansvar være begrenset til en bestemt del av lånet. En innfrielse av denne delen må derfor regnes som full innfrielse, og ikke bare som et ”avdrag” av et større beløp. Kausjonisten vil følgelig få dividende av hele sitt regresskrav i låntakers konkursbo, mens banken bare får anmelde den resterende del av lånesummen.⁹⁵

Til tross for at valget mellom begrenset helgaranti og delgaranti får store følger for kausjonsansvaret, er det nærliggende å anta at en forbruker sjelden vil ha kjennskap til sontringen. Et kurant spørsmål blir dermed om banken er forpliktet til å klargjøre for kausjonisten hva slags beløpsbegrensning han eller hun har valgt for kausjonsansvaret.

Etter finansavtaleloven § 59(1) litra b har banken plikt å informere kausjonisten om ”de kreditter kausjonen skal omfatte”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden i bestemmelsen taler for at den bare pålegger banken plikt til individualisering av låneavtalen som sådan. Ordlyden taler således mot at det oppstilles noe krav om at banken

⁹¹ Lov 8. juni 1984 nr.59 om fordringshavernes dekningsrett.

⁹² Andenæs (2009) [a] s. 401.

⁹³ Beck Thomsen (2008) s. 108.

⁹⁴ Smith (1997) s. 110.

⁹⁵ l.c.

informerer om hvilken del av lånet kausjonisten skal hefte for, der han eller hun bare skal kausjonere for en bestemt del av låneforpliktelsen. Under lovforberedelsene ga på den annen side departementet uttrykk for at en slik opplysningsplikt fremgår av lovteksten, og at det derfor ikke var nødvendig å presisere dette ytterligere.⁹⁶

I juridisk teori er man imidlertid ikke overbevist om at en slik klargjøringsplikt kan utledes av ordlyden i bestemmelsen.⁹⁷ Og selv om forarbeidene må få betydelig vekt ved lovtolkningen⁹⁸, er jeg enig i at spørsmålet ikke kan anses løst med loven. Reelle hensyn tilsier etter min mening at bankene etter litra b bør ha plikt til å presisere hvilken del av låneforpliktelsen han eller hun skal hefte for, og at denne plikten må komme tydeligere frem i lovteksten.

For det første trekker hensynet til kausjonisten sterkt i retning av en mer tydelig regel. Det vil være av vesentlig betydning for kausjonisten å vite på forhånd hvilken del av lånesummen hans eller hennes ansvar gjelder. Bare da vil kausjonisten ha reelle muligheter til å kalkulere kausjonens risiko. Dessuten vil banken, som den profesjonelle part i forholdet, nyte godt av fordelene ved den domstolskapte presumpsjon om begrenset helgaranti.⁹⁹ Forbrukere vil derimot neppe kjenne til eksistensen av sontringen, herunder dens betydning for hans eller hennes ansvar. Dette kan gi urimelige løsninger.

Fordi begrenset helgaranti alltid vil fremstå som den mest gunstige løsningen for banken, og på den annen side alltid medfører det strengeste ansvar for forbrukeren, kan et alternativ også være å forby slike kausjoner. Et slikt forbud vil i realiteten medføre at enhver beløpsbegrensning regnes som delgaranti, og løsningen vil således være svært fordelaktig for forbrukerkausjonisten.¹⁰⁰ Det må imidlertid tas hensyn til at hovedformålet med en

⁹⁶ Ot.prp. nr. 41 s. 74.

⁹⁷ Dietz Legind (2002) s. 225.

⁹⁸ Jfr. punkt 1.3.1.

⁹⁹ Se samme synspunkt for dansk rett i Dietz Legind (2002) s. 224.

¹⁰⁰ Dietz Legind (2002) s. 225-226.

kausjon er å fungere som sikkerhet for kreditor, og denne funksjonen kan lett undergraves ved utelukkelse av begrenset helgaranti. Et forbud mot begrenset helgaranti kan derfor ikke sies å være noe fullgodt alternativ. På denne bakgrunn mener jeg at loven bør endres slik at bankens plikt til å informere om hvilken del av låneforpliktelsen han eller hun anses ansvarlig for etter beløpsbegrensningen, kommer tydeligere frem av ordlyden i § 59(1) litra b. En klarere lovtekst vil i tilstrekkelig grad ivareta forbrukerens rettsstilling.

3.4.3 Spesifikasjon av kausjonens beløp

Et sentralt formål med loven er å motvirke at kausjonisten blir ansvarlig for mer enn det lån som skal sikres. Den tar dessuten sikte på å hindre inngåelse av avtaler mellom banken og låntaker som medfører en økning av kausjonsansvaret.¹⁰¹ Av disse grunner bestemmer §59(1) litra c at banken skriftlig skal informere kausjonisten om ”kausjonskravets størrelse eller det høyeste beløp som kausjonen skal sikre”.

Bestemmelsen retter seg mot to ulike situasjoner. Dersom størrelsen på den kreditt som skal sikres allerede er kjent ved kausjonsavtalens inngåelse, kommer førstnevnte alternativ til anvendelse. Dreier det seg derimot om kausjon for fremtidig gjeld av ubestemt størrelse eller varierende gjeld, reguleres opplysningsplikten av annet alternativ.¹⁰² I slike tilfeller må banken gi opplysninger til kausjonisten om ”et beløpsmessig maksimum angitt ved et øvre tak”, jfr. Rt.2007 s.1738. Sistnevnte krav vil for eksempel være oppfylt dersom banken angir at kausjonsstørrelsen er noe usikkert, men at kausjonen uansett ikke skal sikre mer enn inntil tre millioner kroner. Innholdet av opplysningsplikten er imidlertid forutsatt å være det samme uavhengig av hvilket alternativ som anvendes, og sontringen har dermed ingen rettslig betydning.¹⁰³

I det følgende skal det klargjøres om § 59(1) litra c pålegger banken plikt til å angi kausjonens omfang på en bestemt måte.

¹⁰¹ NOU 1994:19 s. 181.

¹⁰² Ot.prp nr. 41 s. 74.

¹⁰³ l.c.

En naturlig språklig forståelse av uttrykkene ”kausjonskravets størrelse” og ”det høyeste beløp” indikerer at banken plikter å angi kausjonsansvaret i penger. Ordlyden taler med andre ord for at kausjonisten skal få opplysninger om hvor mye penger han eller hun risikerer å tape ved å tegne kausjonen. Uttalelser i forarbeidene trekker i samme retning.¹⁰⁴ I Rt.2007 s.1738 kom likevel Høyesterett til motsatt resultat. Direkte gjelder dommen tolkning av finansavtaleloven §61(1). Ordlyden i §§ 61(1) og 59(1) litra c er imidlertid identisk, og det er derfor grunn til å tro at dommen også vil være relevant ved tolkningen av sistnevnte bestemmelse. Høyesteretts uttalelse om at forarbeidene knyttet til forståelsen av § 59(1) litra c også vil få betydning for tolkningen av § 61(1), trekker i samme retning.¹⁰⁵

I den ovennevnte sak var spørsmålet om hvorvidt formuleringen ”kausjonsbeløpets størrelse” i § 61(1) og uttalelsene i forarbeidene utelukket enhver form for prosentangivelse av kausjonsansvaret. Til dette svarte Høyesterett at det avgjørende må være om kausjonsansvarets størrelse kan utledes av kausjonsavtalen. Retten mente således at formålet med § 61 ikke er å pålegge banken å oppgi størrelsen på en bestemt måte, men å sikre at kausjonisten kan lese størrelsen på ansvaret ut av avtalen. På den annen side fremhevet Høyesterett at det er en forutsetning at kausjonsbeløpets størrelse lar seg beregne ut fra det som står i kausjonsavtalen alene. Det vil således ikke være tilstrekkelig av banken å anføre at beløpet kan beregnes ved at man henter opplysninger fra andre dokumenter utenfor kausjonsavtalen, for eksempel ved å se i låntakers regnskap. Avslutningsvis bemerker retten at hele kausjonsavtalen må ses i sammenheng, og at innholdskravet vil være oppfylt dersom omfanget av kausjonsforpliktelsen kan beregnes ved å se de ulike deler i sammenheng.

Som nevnt er det nærliggende å anta at avgjørelsen også vil være relevant ved tolkningen av fil. § 59(1) litra c. Dommen trekker derfor i retning av at opplysningsplikten etter

¹⁰⁴ Ot.prp nr. 41 s. 74.

¹⁰⁵ Avsnitt 36.

sistnevnte bestemmelse kan være oppfylt selv om kausjonens omfang ikke er meddelt kausjonisten i form av et pengebeløp. Det må imidlertid påpekes at dommen gjelder kausjon avgitt av en næringskausionist, og det er på det rene at Høyesterett gjennomgående stiller lavere krav til bankens opplysningsplikt i slike tilfeller enn hvor forbrukere tegner kausjon. Det er følgelig ikke innlysende at dommen vil ha overføringsverdi til forbrukerkausionister. En lignende betraktning synes å være lagt til grunn i juridisk teori. Hagstrøm antar at en forbrukerkausionist vil ”ha krav på en tydeligere informasjon”.¹⁰⁶ Hvilke krav som stilles til bankens angivelse av kausjonskravets størrelse etter § 59(1) litra c overfor forbrukere, er med andre ord fortsatt uklart etter gjeldende rett, og en avklaring vil trolig ikke foreligge før Høyesterett eller en serie med avgjørelser fra underrettene og/eller Finansklagenemnda Bank tar stilling til dette.

3.4.4 Opplysninger om aksessorier

Etter § 59(1) litra c er banken forpliktet til å informere kausjonisten om han eller hun i tillegg til kausjonskravets størrelse, ”skal ha ansvar for renter og kostnader ved kredittkundens mislighold, jfr. §§ 72 og 73”.

Formålet med regelen er for det første å motvirke at kausjonisten, når kausjonsansvaret eventuelt aktualiseres, blir presentert for et nytt og høyere beløp enn det han eller hun ble forespeilet ved avtaleinngåelsen. Kausjonisten, skal som nevnt over, motta en kopi av låneavtalen, jfr. § 59(2). I praksis angir imidlertid avtalen bare en bestemt lånesum, og den sier normalt ingenting om hvorvidt kausjonisten svarer for ekstrakostnader til renter og kostnader som skyldes låntakers mislighold. Dersom kausjonisten i tillegg til kausjonskravets størrelse skal hefte for slike aksessorier, vil således låneavtalen angi et lavere beløp enn det kausjonisten i realiteten er medansvarlig for. Dette kan gi uheldige virkninger for kausjonisten. Gjennom bankens særskilte plikt til å gi opplysninger om at disse vil komme i tillegg til lånesummen før avtaleinngåelsen, unngår man dermed at kausjonisten får seg en ubehagelig overraskelse på et senere tidspunkt.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Hagstrøm (2008) s. 16.

¹⁰⁷ Dietz Legind (2002) s. 222.

For det annet tar bestemmelsen sikte på å gi kausjonisten anledning til å hindre at slike utgifter påløper. De nevnte renter og omkostninger vil begynne å løpe ved låntakers mislighold av låneforpliktelsen. Dersom banken forut for avtaleinngåelsen gir kausjonisten særlige opplysninger om at han eller hun skal hefte for slike kostnader, har kausjonisten selv mulighet til å innfri kausjonsansvaret dersom det skulle vise seg at låntaker ikke gjør opp for seg. På den måten vil således kausjonisten unngå å måtte svare for de nevnte merkostnader.¹⁰⁸

3.4.5 Varigheten av kausjonsansvaret

Jo lengre kausjonsforpliktelsen varer, desto større risiko blir kausjonisten pålagt. Forbrukere vil derfor ha et sterkt behov for den beskyttelse som en tidsbegrensning representerer. Kjennskap til varigheten er dessuten en vesentlig forutsetning for kausjonistens anledning til å kalkulere risikoen forbundet med kausjonsstillelsen. Dette er bakgrunnen for at banken nå er forpliktet til å informere om ”det tidsrom kausjonsansvaret skal gjelde”, jfr. § 59(1) litra b.¹⁰⁹

Bestemmelsen i litra b har nær sammenheng med § 64(4) som slår fast at kausjonsansvaret uansett faller bort ti år etter inngåelsen av kausjonsavtalen. Med unntak for realkausjon gjelder kravet til opplysninger om lengstetid for alle kausjonsavtaler, jfr. § 64(4) første punktum sammenholdt med fjerde punktum. Hensynet til kausjonistens forutberegnelighet taler for at banken etter litra b også må informere kausjonisten om at hans eller hennes ansvar vil opphøre etter ti år. I de tilfeller hvor det har gått en stund, og banken fortsatt ikke har gjort ansvaret gjeldende overfor kausjonisten, vil det være av betydning for ham eller henne å vite om kausjonsansvaret vil kunne bli aktuelt innen et nærmere bestemt tidspunkt. Bestemmelsen i § 59(1) litra b sammenholdt med § 67(4) vil således sikre at kausjonisten

¹⁰⁸ Ot.prp nr. 41 s. 73 og Dietz Legind (2002) s. 237.

¹⁰⁹ NOU 1994:19 s. 189.

kan se bort ifra kausjonsansvarets risiko, dersom banken ikke har latt høre fra seg innen ti år etter inngåelsen.¹¹⁰

3.5 Kausjonistens forutsetning om sidesikkerhet fra andre

3.5.1 Opplysninger om eksistensen av annen sikkerhet

Av § 59 (1) litra d fremkommer det at banken skal opplyse kausjonisten om ”pant eller annen sikkerhet som kredittkunden eller en tredjeperson har stilt eller forutsettes å stille for kredittkundens fordring”.

Begrunnelsen for regelen om at banken plikter å gi informasjon om supplerende panterett, er at slike opplysninger vil gi kausjonisten en indikasjon på at det eventuelle tap som oppstår, fordeles mellom flere. Opplysningene vil følgelig få betydning for kausjonisten ved beregningen av hvilket tap han eller hun til syvende og sist risikerer å måtte bære dersom låntaker bryter sine forpliktelser etter låneavtalen.¹¹¹ I tillegg får kausjonisten mulighet til å forhandle med panthaveren, og på den måten sikre seg en rimelig fordeling av byrdene.¹¹² Informasjon om pant vil dessuten være verdifull for kausjonisten dersom han eller hun innfrir sitt kausjonsansvar. Etter kausjonsrettslige regler vil kausjonisten i slike tilfeller ha rett til regress fra låntaker, og finansavtaleloven § 70 bestemmer at kausjonisten trer inn i ”de sikkerhetene som er stilt for kredittgiverens fordring”. For å sikre at kausjonisten på best mulig måte får anledning til å nyttiggjøre seg av slike sikkerheter, er det en vesentlig forutsetning at han eller hun kjenner til hva slags sikkerhetsretter som eventuelt foreligger.¹¹³

Paragraf 59(1) litra d bestemmer videre at det skal gis opplysninger om ”annen sikkerhet” som er stilt eller som forutsettes å bli stilt. En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”annen sikkerhet” indikerer at informasjonsplikten omfatter all slags form for sikkerhet,

¹¹⁰ Dietz Legind (2002) s. 237.

¹¹¹ Møgelvang-Hansen (1995) s. 46.

¹¹² NOU 1994:19 s. 177.

¹¹³ Beck Thomsen (2008) s. 71.

men det er nærliggende å anta at formuleringen først og fremst dekker de tilfeller hvor også en annen har tegnet kausjon for låntakers forpliktelse. Bankens informasjonsplikt begrunnes med at kunnskap om øvrig sikkerhet gir kausjonisten anledning til å få fordelt sitt eventuelle tap med en eller flere kausjonister. Kausjonisten vil blant annet kunne sikre seg ved å inngå avtale med den andre kausjonisten om gjensidig regressrett.¹¹⁴

3.5.2 Informasjon om verdien av sidesikkerheten

Bestemmelsen i § 59 (1) litra d har nær sammenheng med litra f som fastslår at banken skal gi skriftlig informasjon om ”verdien av pant og annen sikkerhet som kredittgiveren legger til grunn for kredittforholdet, og som i forhold til kausjonisten skal utnyttes før kausjonsansvaret”.

En naturlig språklig forståelse av formuleringen ”som i forhold til kausjonisten skal utnyttes før kausjonsansvaret” indikerer at bestemmelsen bare pålegger banken plikt til å gi informasjon om verdien av sikkerhet med dårligere prioritet enn kausjonen. Motsetningsvis betyr dette at banken ikke har plikt til å meddele verdien av sikkerhet som er sideordnet eller som har bedre prioritet enn kausjonsansvaret. Her kommer imidlertid bestemmelsen i litra d supplerende inn. Banken plikter følgelig å gi opplysninger om at slik sikkerhet er stilt eller forutsettes stilt. Dessuten vil informasjon om verdien av slike sikkerhetsretter være en fordel for kausjonisten. Loven er derfor ikke til hinder for at banken av eget tiltak gir opplysninger om dette, jfr. fil. § 2(1).¹¹⁵

Regelen i litra f ivaretar flere hensyn. For det første vil informasjon om verdien av sikkerheter som skal utnyttes før kausjonsansvaret, være til stor hjelp for kausjonisten når han eller hun skal kalkulere risikoen ved kausjonsstillelsen. Slike sikkerhetsretter skal nemlig ikke bare sikre bankens tilbakebetalingskrav, men også kausjonistens betingede regresskrav. Verdien av sikkerhetene vil altså ha avgjørende betydning for kausjonistens endelige tap, og lovgiver anså det derfor som viktig å sikre at kausjonisten fikk skriftlige

¹¹⁴ NOU 1994:19 s. 177 og Beck Thomsen (2008) s. 71.

¹¹⁵ NOU 1994:19 s. 178.

opplysninger om dette før kausjonsavtalens inngåelse. Dernest vil banken, i motsetning til en forbrukerkausjonist, ha god kunnskap og bred erfaring i å vurdere hvilken verdi den foreliggende sikkerhet vil ha. Det er således rimelig å kreve at banken videreformidler opplysningene den sitter inne med. I tillegg er en slik videreformidling kostnadseffektivt. En motsatt regel vil trolig medføre at kausjonisten må oppsøke profesjonell hjelp for å få rede på en verdi som banken allerede besitter.¹¹⁶ For det fjerde skal bestemmelsen motvirke at kausjonisten overvurderer betydningen av sikkerheten som skal utnyttes før kausjonsansvaret.¹¹⁷ Det er nærliggende å anta at det ikke sjeldent vil oppstå misforståelser i praksis. Som påpekt over i punkt 3.2.3 skal lånedokumentene gjøres tilgjengelig for kausjonisten etter fil. §59(2). Har for eksempel låntaker pantsatt boligen sin til sikkerhet for kredittytelsen, vil dette som regel fremgå av lånepapirene. På den annen side vil det sjeldent gis opplysninger om hva denne sikkerheten er verdt. Det er dermed alltid en viss fare for at kausjonisten får et feilaktig inntrykk av kausjonens risiko når han eller hun leser gjennom lånedokumentene. Er den reelle verdien av bankens panterett svært lav, ville man uten regelen i litra f, risikerer at kausjonisten tegnet kausjon i den tro at sikkerheten var mye verdt, samt at hans eller hennes tap vil bli svært lite.¹¹⁸

Som et resultat av den kritikk som ble reist mot bestemmelsen både i høringsrunder og i tiden etter dens ikrafttredelse¹¹⁹, ble det fremhevet av lovgiver at banken etter § 59(1) litra f dessuten plikter å informere kausjonisten om at sikkerhetens verdi kan være vesentlig endret på et eventuelt senere realisasjonstidspunkt.¹²⁰

3.6 Kausjonistens forutsetning om gjeldsforsikring

For kausjonisten er det en fordel om låntaker har tegnet gjeldsforsikring. I utgangspunktet bærer kausjonisten risikoen for at forhold på låntakers side endrer seg med tiden. En

¹¹⁶ NOU 1994:19 s. 177.

¹¹⁷ Møgelvang-Hansen (1995) s. 98.

¹¹⁸ NOU 1994:19 s. 178-179.

¹¹⁹ NOU 1994:19 s. 179 og NOU 2009:11 s. 131.

¹²⁰ Prop 65L s. 128 og NOU 1994:19 s. 179.

gjeldsforsikring innebærer imidlertid at kausjonisten ikke bærer risikoen for brudd på låneavtalen som følge av forhåndsbestemte begivenheter knyttet til låntakers helse. Har for eksempel låntaker tegnet gjeldsforsikring mot død eller uførhet, vil ikke kausjonisten være forpliktet til å innfri låneavtalen dersom en av disse begivenhetene skulle inntre. I slike tilfeller foretar i stedet forsikringsselskapet en direkte utbetaling av forsikringssummen til banken, jfr. fil. §68(1). Kausjonistens ansvar reduseres tilsvarende, og forsikringsselskapet kan ikke gjøre regresskrav gjeldende overfor ham eller henne, jfr. §68(2). For kausjonisten vil dermed opplysninger om gjeldsforsikring være viktig når han eller hun skal vurdere hvilken risiko en kausjon vil innebære. Den kan dessuten være avgjørende for om han eller hun ønsker å tegne kausjon. Dette er bakgrunnen for at banken plikter å gi opplysninger om at gjeldsforsikring er forutsett tegnet før kausjonsinngåelsen, jfr. fil. § 59(1) litra e.¹²¹

Fordi slik gjeldsforsikring stiller krav til låntakerens helse, er det imidlertid alltid knyttet en viss usikkerhet til om låntaker faktisk oppnår forsikringsdekning. Det følger derfor videre av litra e at banken også skal gi kausjonisten informasjon om de ”vilkår som må være oppfylt for at gjeldsforsikring skal bli tegnet”. Det er følgelig bare dersom kausjonisten har mottatt opplysninger om denne usikkerheten at han eller hun får en reell mulig til å kalkulere hvilken risiko som påtas ved kausjonsstillelsen.¹²²

3.7 Kausjon for eldre gjeld

Normalt forutsetter kausjonisten at lånet som det kausjoneres for, på en eller annen måte tilfører låntakeren nye midler, for eksempel ved at det benyttes til å anskaffe låntakeren et formuesgode. Dette stiller seg annerledes ved kausjon som omfatter eldre gjeld. Da vil verken låntakerens generelle økonomi eller likviditet styrkes gjennom låneavtalen.¹²³

Kausjon for eldre gjeld kommer gjerne på tale dersom låntakeren ikke lenger makter å betale avdrag på eksisterende usikrede lån, eller når han eller hun av andre grunner ønsker

¹²¹ NOU 1994:19 s. 190-191.

¹²² Ot.prp. nr.41 s. 69.

¹²³ Smith (1997) s. 52 og Torvund (1997) s. 157.

å legge om gjelden sin, for eksempel for å oppnå en mer ryddig økonomi.¹²⁴ Felles for begge situasjonene er at risikoen for at kausjonsansvaret kan bli gjort gjeldende, er mye større enn ellers. Dette beror først og fremst på at det i mange tilfeller ikke dreier seg ”om å garantere for en fremtidig risiko, men å velte et allerede inntrådt tap for långiveren over på kausjonisten”.¹²⁵ Tanken er med andre ord at banken som den profesjonelle part, ikke skal kunne bedre sin stilling på forbrukerens bekostning. Blir en forbruker spurt om å tegne kausjon for eldre gjeld, vil det dessuten kunne oppstå en ”sosial tvangssituasjon” for kausjonisten. Han eller hun står da ofte foran valget mellom å kausjonere for sin venn eller familiemedlem, eller å se at vedkommende får et økonomisk sammenbrudd.¹²⁶

Dette er bakgrunnen for at finansavtaleloven § 59(1) litra g fastslår at banken må gi kausjonisten opplysninger om at kausjonen ”skal omfatte eldre gjeld”. I forarbeidene til finansavtaleloven fremheves det at opplysningsplikten ikke bare omfatter de tilfeller hvor det formelt sett dreier seg om eldre gjeld, men også der det i realiteten dreier seg om kausjon for slik kreditt. Har for eksempel låntaker samlet ulike lån til ett nytt lån gjennom såkalt refinansiering, har banken således plikt til å opplyse at kausjonen omfatter eldre gjeld, til tross for at det formelt sett ser ut som et nytt engasjement i banken.¹²⁷

Paragraf 59(1) litra g bestemmer videre at banken skal informere “i tilfelle om gjelden er misligholdt”. Det er ikke vanskelig å se begrunnelsen for at det skal gis særskilte opplysninger om at låntaker har misligholdt sine eksisterende engasjementer i banken. Når låntaker har hatt problemer med å innfri låneforpliktelsen, vil banken normalt bare fortsette engasjementet dersom det stilles sikkerhet. I praksis veltes således et allerede oppstått tap over på kausjonisten, og risikoen for at ansvaret vil bli gjort gjeldende er da ofte

¹²⁴ Møgelvang-Hansen (1995) s. 38.

¹²⁵ NOU 1994:19 s. 179.

¹²⁶ Møgelvang-Hansen (1995) s. 88.

¹²⁷ NOU 1994:19 s. 179.

markant.¹²⁸ Dette bør en forbruker informeres om før det fattes beslutning om kausjonsstillelse.

I forarbeidene gjøres det imidlertid ett lite unntak fra opplysningsplikten i henhold til litra g. Det antas at banken ikke vil være forpliktet til å informere om helt kortvarige betalingsforsinkelser fra låntakers side. Begrunnelsen for regelen er at risikoen for aktualisering av kausjonsansvaret forblir uendret dersom forsinkelsen ikke har sammenheng med låntakerens manglende vilje eller evne til å betale.¹²⁹ Kausjonisten vil følgelig ikke samme behov for informasjon i slike tilfeller.¹³⁰

3.8 Opplysninger om "andre forhold"

Etter § 59(1) litra h har banken plikt til å informere om "andre forhold som kausjonisten i samsvar med redelighet og god tro har krav på å bli opplyst om". Ordlyden i bestemmelsen har nær tilknytning til avtaleloven § 33, som fastslår at et løfte er ugyldig dersom "det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende".¹³¹ Begge bestemmelsene oppstiller en redelighetsvurdering, og i juridisk teori synes det å være lagt til grunn at vurderingen er sammenfallende.¹³² Dette betyr at momenter som er relevante ved tolkingen av § 33, også vil være tillatt å ta i betraktning ved fastleggelsen av opplysningsplikten i henhold til litra h.

Oppgaven i det følgende blir å fastlegge innholdet av opplysningsplikten etter § 59(1) litra h.

¹²⁸ NOU 1994:19 s. 179.

¹²⁹ l.c.

¹³⁰ Se eksempelvis TOSLO-2009-54300.

¹³¹ Hagstrøm (2003) s. 58.

¹³² Hagstrøm (2011) s. 149 og Dietz Legind (2002) s. 140.

Isolert sett trekker uttrykket ”andre forhold” i retning av at banken pålegges en vidtrekkende opplysningsplikt etter litra h, og at den i utgangspunktet vil måtte opplyse om enhver kjensgjerning den kjenner til.¹³³ Opplysningsplikten modifiseres likevel ved at kausjonisten bare har krav på informasjon dersom hensynet til ”redelighet” tilsier det. Uttrykket ”redelighet” er vagt formulert, men en naturlig språklig forståelse av formuleringen indikerer at det skal en del til før kjensgjerningen vil være tilstrekkelig for å statuere at banken har opplysningsplikt etter bestemmelsen.

Enkelt sammenfattet synes bestemmelsen bare å hjemle opplysningsplikt når konkrete forhold tilsier at det er en økt risiko for at kausjonsansvaret vil bli gjort gjeldende.¹³⁴ Formålet med opplysningsplikten er følgelig å sikre at banken gir kausjonisten de opplysninger som en alminnelig kausjonist ønsker å ha før den fatter beslutning om å stille sikkerhet.¹³⁵

Av forarbeidene fremgår det at litra h først og fremst er en sekkebestemmelse som kan hjemle opplysningsplikt for faktiske forhold som ikke omfattes av litra a-g.¹³⁶ Dette betyr at banken kan være pliktig til å informere om omstendigheter som den kjenner til, selv om disse ikke reguleres uttrykkelig i § 59(1).¹³⁷ Banken vil for eksempel ha plikt til å befri kausjonisten fra villfarelse dersom han eller hun tror at lånet skal gå til anskaffelse av en varig verdi, mens det i realiteten skal gå til pengespill med høy risiko. En slik anvendelse av pengene øker risikoen for at kausjonsansvaret blir gjort gjeldende, og tilbakeholdelse av informasjon fra bankens side vil derfor være uredelig.

¹³³ Hagstrøm (2011) s. 148.

¹³⁴ Dietz Legind (2002) s. 139.

¹³⁵ Beck Thomsen (2008) s. 74.

¹³⁶ NOU 1994:19 s. 179 og Dietz Legind(2002) s. 139.

¹³⁷ l.c.

I forarbeidene er det angitt flere eksempler på faktiske forhold som banken er forpliktet til å gi videre til kausjonisten etter litra h. Det er antatt at banken har opplysningsplikt dersom den har kjennskap til at låntaker er insolvent, har lidd store tap eller er involvert i særlig risikofylte prosjekter som representerer en trussel mot hans eller hennes økonomi.¹³⁸ Riktignok krever banken kausjon fordi den ikke har full tiltro til låntakers vilje eller evne til å betale tilbake kredittytelsen, hvilket tilsier at kausjonisten selv bør være ansvarlig for låntakerens betalingsevne. Banken er likevel den profesjonelle part i forholdet, og det er rimelig å kreve at den videreformidler informasjon som den innhenter ved sin kredittvurdering av låntaker. En motsatt regel vil dessuten gi låntaker mulighet til å meddele kausjonisten en overdreven forestilling om hans eller hennes økonomiske stilling.¹³⁹ Det synes også lagt til grunn i praksis at banken vil ha en viss plikt til å opplyse om låntakers betalingsevne.¹⁴⁰ Saken i BKN-2007-17 er et eksempel på dette. Her uttalte nemnda at bankens kjennskap til låntakers svake økonomiske situasjon tilsa ”en skjerpet opplysningsplikt for banken”, og at det det følgelig var uredelig av banken å tilbakeholde informasjonen overfor kausjonistene etter litra h.

Videre legger lovgiver til grunn at låntakers forventede mislighold av låneavtalen, vesentlige mislighold av andre lån, og vesentlige betalingsanmerkninger fra kredittopplysningsbyråer er eksempler på forhold som kan hjemle opplysningsplikt etter litra h.¹⁴¹ Tanken er at det i slike tilfeller enten vil ha inntrådt et tap, eller så er sannsynligheten for dette betydelig. Dette medfører en vesentlig økning av kausjonistens risiko etter kausjonen, hvilket betyr at en tilbakeholdelse av disse må anses som uredelig.¹⁴²

Endelig antas det at kausjonisten har krav på å få opplysninger om låntakers person dersom disse vil øke risikoen for aktualisering av kausjonsansvaret. Banken kjenner for eksempel

¹³⁸ NOU 1994:19 s. 179.

¹³⁹ Møgelvang-Hansen (1995) s. 41 og 97.

¹⁴⁰ Se eksempelvis LB-2006-66130 og flertallet i BKN-2009-89.

¹⁴¹ NOU 1994:19 s. 179.

¹⁴² Smith (1997) s. 53.

til at låntaker er en bedrager.¹⁴³ Begrunnelsen for dette er at kausjonisten gjennom kausjonen innestår for at låntaker har evne og vilje til å tilbakebetale sine forpliktelser i banken. Skjuler låntakeren negative sider ved seg selv for kausjonisten, og banken vet dette, vil det være uredelig av banken å tilbakeholde informasjonen.¹⁴⁴

For det annet følger det av forarbeidene og juridisk teori at det vil være uredelig av banken å tilbakeholde informasjon dersom det er gitt opplysninger etter litra a-g, og banken må forstå at kausjonisten har en uriktig oppfatning av disse.¹⁴⁵ Årsaken til slik villfarelse er normalt at kausjonisten selv ikke stand til å vurdere de gitte opplysninger.¹⁴⁶ Det er derfor rimelig å kreve at banken gir korrigerende opplysninger. For eksempel følger det av § 59(1) litra g at banken har plikt til å opplyse kausjonisten om at han eller hun tegner kausjon for eldre gjeld, men det oppstilles ikke noe tilsvarende krav om at banken informerer om hvilken betydning dette vil ha for kausjonsavtalens risiko. Forstår banken at kausjonisten har misforstått opplysningene den har gitt, må det derfor antas at den har plikt til å gi supplerende informasjon etter litra h, slik at kausjonisten befris fra villfarelsen før kausjonsavtalen inngås.¹⁴⁷

3.9 Bankens plikt til å opplyse om forhold som den burde kjenne til

I punkt 3.3-3.8 er det forutsatt at banken har hatt kjennskap til de forhold som potensielt kan ha negativ virkning for kausjonsforholdet, og som av den grunn omfattes av opplysningsplikten. Her skal jeg se på spørsmålet om banken også plikter å opplyse om forhold som den burde kjenne til.

¹⁴³ NOU 1994:19 s. 179.

¹⁴⁴ Smith (1997) s. 53.

¹⁴⁵ NOU 1994:19 s. 179 og Dietz Legind (2002) s. 139.

¹⁴⁶ Rigland (2002) s. 172.

¹⁴⁷ Dietz Legind (2002) s. 138.

En slik aktsomhetsplikt for banken kan verken utledes direkte av ordlyden i fil. §59 eller av forarbeidene. Tvert imot uttales det i forarbeidene at banken blant annet bare vil ha plikt til å opplyse om at kausjon tegnes for eldre gjeld dersom den ”må antas å ha kunnskap om dette”.¹⁴⁸ Dette er imidlertid bare en enkeltstående uttalelse, og ses forarbeidene til loven i sammenheng med lovens formål, er det naturlig å legge begrenset vekt på uttalelsene om dette.¹⁴⁹

Gode grunner taler derimot for at banken plikter å opplyse om forhold som den burde kjenne til. Som nevnt i punkt 3.8 har ordlyden i § 59(1) litra h klare likhetstrekk med avtaleloven § 33, og sistnevnte bestemmelse har blitt tolket slik at også uaktsomhet er tilstrekkelig for ugyldighet.¹⁵⁰ Dette taler således for at bankens opplysningsplikt etter § 59 også må omfatte forhold som banken ville fått kjennskap til ved rimelige undersøkelser. Årsaken til dette er at terskelen for å innfortolke et aktsomhetskrav må antas å være høyere ved § 33 enn ved fil. § 59. For det første vil et brudd på § 33 føre til ugyldighet, mens §59 kun regulerer bankens plikt til å gi opplysninger. For det annet angir § 33 uttrykkelig at et løfte bare vil være ugyldig dersom kreditor ”kjente til” omstendigheten. Fil. § 59(1) litra oppstiller ikke tilsvarende krav til kunnskap. En aktsomhetsplikt vil altså i motsetning til for § 33, ikke stride mot ordlyden. For det tredje tar finansavtaleloven sikte på å beskytte den antatt svakere part, mens avtaleloven også regulerer kontraktsforholdet mellom profesjonelle parter. Det er derfor nærliggende å anta at domstolene forholdsvis lett vil tolke fil. §59(1) litra h utvidende slik at banken foretar adekvate undersøkelser, og videreformidler informasjon som disse måtte avdekke.¹⁵¹

Også rettspraksis indikerer at banken vil ha en viss aktsomhetsplikt utover det som følger eksplisitt av ordlyden i § 59(1). Så tidlig som i Rt.1984 s. 28 ble det av Høyesterett lagt til grunn at banken vil ha plikt til å informere om opplysninger den burde kjenne til.

¹⁴⁸ NOU 1994:19 s. 179.

¹⁴⁹ Rigland (2002) s. 182.

¹⁵⁰ Hagstrøm (2011) s. 148.

¹⁵¹ Rigland (2002) s. 182.

Avgjørelsen er fulgt opp i RG-2001-69. I denne saken hadde kausjonisten tegnet kausjon for samboerens næringsvirksomhet, men hun hevdet seg ubundet av avtalen idet banken ikke hadde informert om at selskapet var insolvent på tidspunktet for kausjonsinngåelsen. Retten kom til at banken ikke bevisst hadde holdt tilbake opplysninger om selskapets økonomi, men fremhevet samtidig at ”Det er tilstrekkelig for å fastslå at opplysningsplikten er tilsidesatt at banken burde ha visst om situasjonen og burde opplyst om det”. I denne saken kunne banken bebreides for ikke å ha fått kjennskap til selskapets insolvens, og kausjonsavtalen måtte derfor kjennes ugyldig. Avgjørelsene er fra tiden før finansavtaleloven, men det finnes ingen holdepunkter for at lovgiver har ønsket å innskrenke kausjonistens rett til opplysninger etter lovvedtakelsen. Tvert imot er det grunn til å tro at banken opplysningsplikten har tilsvarende innhold etter gjeldende rett. Det er på det rene at finansavtaleloven stiller strengere krav til bankens opplysningsplikt enn det som tidligere fulgte av ulovfestet rett.¹⁵² Hensikten med loven er dessuten å styrke forbrukerens rettsstilling som den antatt underlegne part i kontraktsforholdet, hvilket tilsier at en utvidet aktsomhetsplikt for banken vil være i god harmoni med lovens formål.¹⁵³ Konklusjonen må således være at banken plikter å opplyse om forhold som den burde ha kjent til før kausjonsinngåelsen.

¹⁵² Ot.prp nr. 41 s. 69.

¹⁵³ Rigland (2002) s. 182.

4 Rettsvirkninger av brudd på opplysningsplikten

4.1 Innledning

I punkt 3 har jeg redegjort for hvilke opplysninger banken plikter å gi til kausjonisten etter fil. § 59. Overholder banken opplysningsplikten i henhold til denne bestemmelsen, regnes informasjonen som en del av avtalen etter fil. § 61(2) tredje punktum. Kausjonisten er følgelig bundet av kausjonsavtalen, herunder de gitte opplysninger.

Problemstillingen som vil bli drøftet i det følgende er hvilke rettsvirkninger som inntreder dersom banken derimot forsømmer å gi opplysningene oppstilt i fil. § 59(1).

Bestemmelsen blir normalt påberopt av kausjonisten der låntaker har misligholdt låneforpliktelsen, altså idet kausjonsansvaret blir gjort gjeldende av banken. I praksis står derfor domstolen overfor spørsmålet om hvorvidt kausjonistens villfarelse som følge av at banken ikke har gitt den lovpålagte informasjon, kan føre til nedsettelse eller bortfall av kausjonsansvaret.¹⁵⁴

Brudd på fil. § 59(1) vil som hovedregel ikke få virkning for kausjonsansvaret.¹⁵⁵ Tanken er at reglene om rettsvirkninger først og fremst skal virke preventivt.¹⁵⁶ Lovgiver mente at det var viktigere å sikre at banken faktisk oppfyller de krav som stilles i henhold til § 59, fremfor å gi kausjonisten rettigheter i de tilfeller hvor informasjonsplikten tilsidesettes.¹⁵⁷

¹⁵⁴ Møgelvang-Hansen (1995) s. 33.

¹⁵⁵ Ot.prp. nr. 41 s. 70.

¹⁵⁶ NOU 1994:19 s. 38.

¹⁵⁷ Hagstrøm (2003) s. 46.

4.2 Kravet til kausalitet

Finansavtaleloven oppstiller ingen vilkår som må være oppfylt for at brudd på opplysningsplikten skal kunne lede til reduksjon eller bortfall av kausjonsansvaret. Det er imidlertid ikke tvilsomt at kausalitet er en forutsetning for slike sivilrettslige sanksjoner.¹⁵⁸ Også rettspraksis illustrerer at pliktforsømmelsen må ha virket inn på kausjonsavtalens innhold. I RG-2009-1162 uttales det for eksempel at det kreves ”årsakssammenheng mellom opplysningssvikten og kausjonen, med andre ord at kausjonen ikke ville blitt inngått dersom kausjonisten hadde kjent de aktuelle opplysningene”. Tanken er at dersom den aktuelle omstendighet ikke spilte noen rolle for kausjonistens beslutning om å stille garanti, var villfarelsen uten betydning og bankens tilsidesettelse av § 59 kan da ikke få noen rettslig virkning.¹⁵⁹

4.3 Rettslig grunnlag for nedsettelse eller bortfall av kausjonistens ansvar

4.3.1 Innledning

Banklovkommisjonen fant det problematisk å lovregulere visse rettsvirkninger, herunder å finne tilfredsstillende og rimelige sanksjoner. Det er derfor forutsatt at spørsmålet om hvilke rettsvirkninger som inntreffer som følge av brudd på § 59, må løses på forskjellige rettsgrunnlag. Noen sanksjonsregler oppstilles i finansavtaleloven, mens andre spørsmål må løses i henhold til ”alminnelige rettsregler”.¹⁶⁰

Ser man bestemmelsene i §§ 61 og 59(1) i sammenheng, fremgår det indirekte at loven sonderer mellom opplysninger som er gyldighetsbetingelser, opplysninger om avtalevilkår og andre opplysninger.¹⁶¹ Det sentrale ved denne sondringen er at hjemmelen som regulerer rettsvirkningene vil variere avhengig av hva slags type opplysning som banken har unnlatt å gi til kausjonisten. For å ta stilling til hva slags rettsvirkninger et brudd på

¹⁵⁸ NOU 1994:19 s. 179 og Hagstrøm (2003) s. 59.

¹⁵⁹ Møgelvang-Hansen (1995) s. 35.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 41 s. 68.

¹⁶¹ Hagstrøm (2003) s. 54.

opplysningsplikten vil medføre, må det derfor i tillegg bestemmes hva slags type opplysning som ikke er blitt gitt. I det følgende skal jeg derfor drøfte rettsvirkningene av brudd på hver kategori av opplysninger for seg.

4.3.2 Gyldighetsbetingelser

Med gyldighetsbetingelser menes opplysninger som kausjonsavtalen må inneholde for at den skal regnes som bindende. Hvilke opplysninger dette er, reguleres av bestemmelsen i fil. § 61(1). Det fremgår av denne at kausjonsavtalen bare er bindende dersom den er inngått skriftlig, og inneholder opplysninger om “kausjonsbeløpets størrelse eller det høyeste beløp kausjonen skal sikre”. Ordlyden i bestemmelsen er tilsvarende den vi finner i § 59(1) litra c. Sett i sammenheng taler således disse bestemmelsene for at opplysningene oppstilt i sistnevnte bestemmelse må anses som gyldighetsbetingelser.¹⁶² Dette betyr at kausjonsavtalen vil være ugyldig i henhold til § 61(1) dersom kausjonisten ikke får skriftlige opplysninger om hvilket beløp kausjonen er begrenset til å dekke, og disse ikke er inntatt i kausjonsavtalen.

4.3.3 Avtalevilkår

En annen type kategori av opplysninger, er de såkalte avtalevilkår. Bestemmelsen i fil. § 61(3) oppstiller visse krav til at kausjonisten skal anses som bundet av slike opplysninger.¹⁶³

Det fremgår av § 61(3) at ”et vilkår som ikke er tatt inn i kausjonsavtalen”, ikke vil være bindende for kausjonisten. En antitetisk tolking av bestemmelsen tilsier således at avtalevilkårene må tas inn i kausjonsavtalen for at kausjonisten skal anses bundet av dem. Dette utgangspunktet modifiseres imidlertid noe. Det følger nemlig videre av bestemmelsen at disse vilkårene uansett vil være bindende dersom banken ”godtgjør at vilkåret er uttrykkelig vedtatt av kausjonisten”.

¹⁶² Hagstrøm (2003) s. 54

¹⁶³ Hagstrøm (2003) s. 56.

Paragraf 61(3) har nær sammenheng med § 61(2) tredje punktum som bestemmer at opplysninger som banken har gitt før kausjonsinngåelsen i henhold til § 59(1), ”i alle tilfeller regnes som en del av kausjonsavtalen”. Har banken tilsidesatt opplysningsplikten etter § 59(1), så følger det således motsetningsvis av §§ 61(2) tredje punktum og 61(3) at avtalevilkåret ikke er bindende. En forutsetning for at kausjonisten da skal anses bundet av vilkåret, er at unntaket i § 61(3) anses oppfylt.¹⁶⁴

Problemstillingen blir dermed hva som menes med at banken ”godtgjør at vilkåret er uttrykkelig vedtatt av kausjonisten”.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket ”godtgjør”, tilsier at banken har bevisbyrden for at et avtalevilkår anses som vedtatt. Dette indikerer således at det skal en del til for at unntaket kommer til anvendelse. Formuleringen ”uttrykkelig vedtatt” trekker videre i retning av at det stilles strenge krav til banken. Det er derfor nærliggende å anta at banken vil ha en tung bevisbyrde.¹⁶⁵

Hva som vil utgjøre ”uttrykkelig vedtatt”, kan være vanskelig å fastlegge. Det må som utgangspunkt legges til grunn at lovgiver har ment å stille strengere krav til bevis enn ellers i finansavtaleloven. Et gjennomgående trekk ved reglene i loven er at det bare kreves at banken ”godtgjør at vilkåret er vedtatt”, se for eksempel fl. § 48(3).¹⁶⁶ Det skal således mindre til for banken å bevise en slik vedtagelse, enn det som kreves etter § 61(3). Begrunnelsen for dette ligger i kausjonsavtalens karakter.¹⁶⁷ Ettersom forbrukere normalt påtar seg kausjonsansvaret uten å motta godtgjørelse, er det rimelig å kreve at banken fremlegger sterke bevis for at kausjonistens ansvar skal utvides til å omfatte opplysninger

¹⁶⁴ Hagstrøm (2003) s. 56.

¹⁶⁵ Krüger (2011) note 432.

¹⁶⁶ Hagstrøm (2003) s. 56.

¹⁶⁷ Ot.prp nr. 41 s. 116.

som ikke er inntatt i avtalen. Av den grunn vil et avtalevilkår som ikke kan regnes som en del av avtalen, bare unntaksvis være bindende for kausjonisten.¹⁶⁸

Endelig må det bestemmes hvilke opplysninger i fil. § 59(1) som har status som avtalevilkår. Verken finansavtaleloven eller dens forarbeider klargjør dette. I den juridiske litteratur synes det derimot lagt til grunn at opplysninger etter § 59(1) litra b og opplysninger om renter og omkostninger etter § 59(1) litra c, må ha status som avtalevilkår.¹⁶⁹ Dette betyr at opplysninger om hvilke låneavtaler kausjonen dekker, kausjonens ansvarstid og informasjon om at kausjonisten skal være ansvarlig for renter og omkostninger ved låntakers mislighold, følger reglene i § 61(3). Virkningen av at kravene i denne ikke er oppfylt, er dermed at kausjonisten anses ubundet av vilkårene.

4.3.4 Andre opplysninger

Med andre opplysninger menes opplysninger som verken er gyldighetsbetingelser for kausjonen eller avtalevilkår. Dette betyr at opplysningene opplistet i § 59(1) litra a, d, e, f, g og h, faller innunder denne kategorien.¹⁷⁰

Finansavtaleloven gir i utgangspunktet ingen løsning på hva slags virkninger som inntreder dersom banken unnlater eller gir uriktige opplysninger på dette punkt. Rettslig grunnlag som kommer til anvendelse ved spørsmålet om kausjonsavtalen helt eller delvis kan settes til side, er derfor ”alminnelige rettsregler”.¹⁷¹

Et gjennomgående trekk ved disse reglene er at det må foretas en konkret helhetsvurdering ved spørsmålet om rettsvirkninger av brudd på opplysningsplikten. I denne vurderingen vil flere momenter være relevante. Av forarbeidene til finansavtaleloven fremgår det at en eventuell lemping av kausjonsansvaret i utgangspunktet bør skje etter grovheten av

¹⁶⁸ Hagstrøm (2003) s. 57.

¹⁶⁹ l.c.

¹⁷⁰ l.c.

¹⁷¹ NOU 1994:19 s. 178.

bankens forsømmelse, ”men det vil også kunne legges vekt på kausjonistens forhold. Dersom kausjonisten hadde positiv kunnskap om det forhold som dannet grunnlag for opplysningsplikten, vil det ikke være rimelig å lempe ansvaret.”¹⁷² Kausjonistens brudd på undersøkelsesplikten er med andre ord et eksempel på et relevant moment ved valget av reaksjon hvor banken har gitt ufullstendige eller uriktige opplysninger i strid med fil. § 59.¹⁷³

Tendensen i praksis synes å være at bankens manglende overholdelse av opplysningsplikten, sjelden får virkning for kausjonistens forpliktelse etter kausjonen. Likevel er det nærliggende å anta at brudd på noen av opplysningspliktene lettere vil få betydning enn brudd på andre. Ved fastleggelsen av rettsvirkningene, vil derfor de ulike bestemmelsene i § 59(1) bli behandlet hver for seg.

Unnlater banken i å gi kausjonisten opplysninger ”om den alminnelige risiko” etter § 59(1) litra a, kan kausjonsavtalen etter omstendighetene settes til side med hjemmel i ”de generelle ugyldighetsreglene i avtaloven”.¹⁷⁴ Det er likevel antatt at et brudd på denne bestemmelsen sjelden vil medføre ugyldighet eller lemping av ansvaret. Sivilrettslige sanksjoner vil følgelig bare komme på tale der det foreligger ”særlige omstendigheter”.¹⁷⁵

Dreier det seg derimot om brudd på opplysningsplikten etter §59(1) litra g eller h, vil kausjonisten som hovedregel bli fritatt fra kausjonsansvaret. Begrunnelsen for dette er at slike opplysninger er svært viktige for kausjonisten ettersom slike forhold normalt innebærer en økt risiko for at kausjonsansvaret blir gjort gjeldende. Ordlyden i bestemmelsene har i tillegg en tilknytning til ordlyden i avtaleloven § 33, og det er derfor naturlig at terskelen for ugyldighet ikke settes for høyt.¹⁷⁶

¹⁷² NOU 1994:19 s. 179.

¹⁷³ Smith (1963) s. 288.

¹⁷⁴ Ot.prp. nr. 41 s. 70.

¹⁷⁵ Hagstrøm (2003) s. 58.

¹⁷⁶ l.c.

Ved anførsel om brudd på § 59(1) litra d, e og f, synes praksis å sonde mellom de tilfeller hvor banken har gitt uriktige opplysninger og hvor banken helt har unnlatt å gi informasjon.

Dersom banken unnlater å gi opplysninger om at det skal stilles sikkerhet i hovedforholdet, herunder verdien av denne, vil kravet til kausalitet sjeldent være oppfylt.¹⁷⁷ Det er med andre ord lite sannsynlig at kausjonisten ikke ville ha inngått kausjonsavtalen dersom han eller hun hadde visst at det også skulle stilles pant til sikkerhet for kredittytelsen. I tillegg har ikke kausjonisten i slike tilfeller noen berettiget forventning om at det også forelå sikkerhet av en viss verdi på avtaletidspunktet. Disse forhold taler således mot lemping eller bortfall av kausjonsavtalen. Et slikt synspunkt synes å være lagt til grunn i BKN-2007-108. I denne saken hadde banken helt unnlatt å opplyse om verdien av sikkerhetsretten som ble stilt ved siden av kausjonen. Ved låntakers mislighold ble pantobjektet solgt, men kausjonisten mente at dette hadde større verdi enn det som ble utnyttet ved salget. Bankklagenemnda kom til at bankens unnlattelse i strid med litra f, ikke kunne få virkning for kausjonen ettersom kausjonisten ”ikke kan ha hatt en berettiget forventning om at pantet hadde større verdi”.

Gis det derimot feilaktige opplysninger etter § 59(1) litra d, e og f, løses spørsmålet om rettsvirkninger på annen måte. Har banken informert kausjonisten om at det skal stilles sikkerhet i tråd med litra d, og det i etterkant av kausjonsinngåelsen viser seg at slik sikkerhet ikke vil bli stilt, reguleres rettsvirkningene av en egen bestemmelse i finansavtaleloven. Det følger da av fil. § 66(3) sammenholdt med §66(2) at ”kausjonisten ikke lenger [er] bundet av kausjonsavtalen”.

Til tross for at kausjonisten har fått uriktige opplysninger om at gjeldsforsikring vil bli stilt, jfr. § 59(1) litra e, vil han eller hun normalt ikke få kjent kausjonsavtalen ugyldig. Tanken er at en gjeldsforsikring bare dekker risikoen for bestemte begivenheter. Den omfatter

¹⁷⁷ Hagstrøm (2003) s. 58.

således ikke kredittrisikoen i sin alminnelighet. Dette betyr at forsikringen kan ha hatt en viss betydning for kausjonisten på avtaletidspunktet, men den kan ikke sies å ha vært avgjørende for kausjonsløftet.¹⁷⁸ Som regel vil derfor ikke kravet til kausalitet være oppfylt når banken har gitt uriktige opplysninger i strid med litra e. På den annen side kan banken bli pålagt erstatningsansvar som følge av sin forsømmelse. Rett til erstatning forutsetter trolig at det må ha vært mulig for låntaker å oppnå forsikringsdekningen, og at kausjonen er blitt aktuell på grunn av en omstendighet som ville utløst gjeldsforsikringen.¹⁷⁹

Endelig kan uriktige opplysninger om verdien av pant som skal utnyttes før kausjonen, medføre erstatningsansvar for banken.¹⁸⁰ Det er dessuten lagt til grunn i forarbeidene at uriktige opplysninger om forhold i § 59(1) litra f, etter omstendighetene kan gi kausjonisten rett til å ”kreve seg helt eller delvis fritatt fra kausjonsansvaret”.¹⁸¹

Den rettslige problemstillingen blir derfor når uriktige opplysninger gitt i strid med fil. § 59(1) litra f, medfører erstatningsansvar, nedsettelse av kausjonsansvaret eller ugyldighet av kausjonsavtalen.

I utgangspunktet må terskelen for sivilrettslige sanksjoner være ganske høy.¹⁸² I forarbeidene er det fastslått at bankens uriktige opplysninger om sikkerhetens verdi, ikke vil få konsekvenser for banken dersom denne har bygget på ”et forsvarlig skjønn”.¹⁸³ Det avgjørende er således om banken kan bebreides for å ha gitt uriktige opplysninger. Har banken opptrådt aktsomt ved verdivurderingen må det være kausjonistens risiko at verdien

¹⁷⁸ Hagstrøm (2003) s. 59.

¹⁷⁹ l.c.

¹⁸⁰ l.c.

¹⁸¹ NOU 1994:19 s. 178.

¹⁸² Hagstrøm (2003) s. 59.

¹⁸³ NOU 1994:19 s. 178.

senere reduseres eller faller helt bort. Tanken er at ett av formålene med en kausjon nettopp er å sikre banken mot en slik risiko.¹⁸⁴

Har banken meddelt en for høy verdi til kausjonisten, og dette beror på uaktsomhet fra bankens side, vil kausjonisten kunne kreve seg helt eller delvis fritatt fra kausjonsansvaret ”etter alminnelige rettsregler”¹⁸⁵. Hvorvidt banken kan bebreides for de uriktige verdiene, beror på en konkret helhetsvurdering. Det er således ikke sikkert hvor terskelen skal settes. På den ene siden fremheves det i forarbeidene at dersom banken har bygget på takster av objektive takstmenn, vil dette trekke i retning av at banken har opptrådt aktsomt når den la verdiene til grunn. På den annen side legger forarbeidene til grunn at ansvar ikke alltid kan utelukkes selv om slike objektive takster er blitt anvendt.¹⁸⁶

Avslutningsvis påpekes det at kausjonisten kan kreve seg ubundet av kausjonsavtalen med hjemmel i avtaleloven §§ 30,33 eller 36 dersom banken bevisst har gitt kausjonisten for høye verdier.¹⁸⁷ Og fordi det da foreligger svik fra bankens side, må det antas at det ikke skal mye til for at kausjonsavtalen settes til side som ugyldig.

¹⁸⁴ NOU 1994:19 s. 178.

¹⁸⁵ l.c.

¹⁸⁶ l.c.

¹⁸⁷ l.c.

5 Betydningen av kausjonistens undersøkelsesplikt

5.1 Innledning

I punkt 3 har jeg redegjort for innholdet av bankens opplysningsplikt etter finansavtaleloven § 59 og ulovfestet rett. Det er et gjennomgående trekk ved disse reglene at banken plikter å gi kausjonisten opplysninger om bestemte risikomomenter som han eller hun er ukjent med, og som banken kjente eller burde kjent til. Bankens opplysningsplikt avdempes imidlertid av den oppfordring forholdene i den enkelte sak kan gi kausjonisten til selv å opptre aktsomt og å foreta nærmere undersøkelser.¹⁸⁸ Dette betyr at selv om banken etter ordlyden i § 59 vil være pliktig til å gi opplysninger om et faktisk forhold, så kan konkrete omstendigheter tilsi at forholdet i stedet faller inn under kausjonistens undersøkelsesplikt.

Som fremstillingen nedenfor viser, er grensen mellom bankens opplysningsplikt etter fil. § 59 og kausjonistens undersøkelsesplikt, uklar. Det er imidlertid viktig å påpeke at banken som den profesjonelle part i forholdet, i utgangspunktet vil ha helt andre forutsetninger for å undersøke og evne til å vurdere de relevante og viktige opplysninger rundt låneavtalen enn det en forbruker kan forventes å ha.¹⁸⁹ Dette indikerer at det skal en del til for at kausjonistens passivitet kan oppveie for bankens forsømmelse.

I det følgende skal jeg fastlegge i hvilken utstrekning kausjonisten har plikt til å foreta undersøkelser i forkant av kausjonsinngåelsen.

¹⁸⁸ Smith (1963) s. 288.

¹⁸⁹ Innst. O. nr.84 (1998-1999) s. 21.

Det er ingen bestemmelser i finansavtaleloven som uttrykkelig pålegger kausjonisten å bidra aktivt ved inngåelsen av kausjonsavtalen eller å foreta nærmere undersøkelser av de faktiske forhold. Rettslig grunnlag for kausjonistens undersøkelsesplikt finnes således ikke i loven. Det fremgår imidlertid av praksis¹⁹⁰ og juridisk teori¹⁹¹ at passivitet på kausjonistens side kan få stor betydning ved avgjørelsen av om banken har opplysningsplikt.

Begrunnelsen for kausjonistens undersøkelsesplikt er todelt. For det første tilsier prinsippet om gjensidig lojalitetsplikt i kontraktsforhold, herunder det rettslige utgangspunktet om at hver av partene bærer risikoen for egne forutsetninger ved kontraktsinngåelsen, at kausjonistens selv bør undersøke hvilken risiko han eller hun påtar seg. For det annet trekker rimelighetshensyn i retning av en aktivitetsplikt for kausjonisten. Dersom konkrete forhold gir kausjonisten særlig oppfordring om å foreta nærmere undersøkelser, vil det være lite rimelig å kreve at banken gir opplysninger om denne omstendighet. Kjenner for eksempel kausjonisten til at låntaker har hatt store problemer med å betjene andre lån i banken, er det rimelig å forvente at han eller hun spør banken eller låntaker nærmere om dette.¹⁹²

Det er altså ikke tvilsomt at kausjonisten til en viss grad plikter å opptre aktsomt forut for kontraktsinngåelsen, og at denne plikten samtidig modifierer bankens opplysningsplikt. Det blir dermed vesentlig å besvare to problemstillinger. Den første er når kausjonisten plikter å foreta undersøkelser. Spørsmålet blir med andre ord i hvilke tilfeller bankens opplysningsplikt regnes som modifisert av kausjonistens plikt til å foreta egne undersøkelser. Dette drøftes i punkt 5.2. Den andre problemstillingen blir hva slags rettslige virkninger et brudd på kausjonistens undersøkelsesplikt vil medføre, se punkt 5.3.

¹⁹⁰ Se eksempelvis Rt.1984 s.28, RG-2001-69 og BKN-2003-107.

¹⁹¹ Sætermo (2005) s. 46 og Smith (1963) s. 288.

¹⁹² Smith (1997) s. 49 og Heiestad (1993) s. 60

5.2 Når har kausjonisten plikt til å foreta undersøkelser?

5.2.1 Innledning

Som påpekt over, må det ved vurderingen av bankens opptreden, også tas stilling til hvilke krav som med rimelighet kan rettes mot kausjonisten.¹⁹³ Den omstendighet som ikke var tilstrekkelig opplyst før avtaleinngåelsen vil dermed enten falle inn under bankens opplysningsplikt eller innunder kausjonistens undersøkelsesplikt.¹⁹⁴

Spørsmålet om det er banken som plikter å opplyse om den faktiske omstendighet eller om det hører innunder kausjonistens plikt å undersøke denne, beror på en konkret skjønnsmessig vurdering. Det sentrale vurderingstema er hvem av partene som er nærmest til å bære risikoen for at forholdet ikke var tilstrekkelig opplyst på tiden for kausjonsinngåelsen.¹⁹⁵

Oppgaven i det følgende blir å klargjøre hvilke momenter som praksis har vektlagt ved utøvelsen av den konkrete skjønnsmessige vurdering.

5.2.2 Forhold ved kausjonisten

For det første har subjektive forhold på kausjonistens side blitt tillagt stor vekt i praksis. En gjennomgang av praksis tyder på at undersøkelsesplikten er relativ, og at plikten varierer avhengig av hvem kausjonisten er.¹⁹⁶ Stilles det kausjon fra en forbruker må det kunne forventes at banken som den profesjonelle part til en viss grad ivaretar kausjonistens interesser. Banken vil ha lettere for å få tak i opplysningene, og er derfor nærmest til å bære risikoen for at disse kommer frem før kausjonsinngåelsen. I tillegg vil forbrukere sjelden ha noen økonomisk interesse av å stille som kausjonist. En kausjon er tvert i mot ofte motivert av vennskap eller familieforhold. Rimelighetshensyn taler således for at det ikke stilles for

¹⁹³ Smith (1997) s. 54.

¹⁹⁴ Heiestad (1993) s. 14.

¹⁹⁵ Se eksempelvis formuleringen i RG-2001-69.

¹⁹⁶ Smith (1997) s. 54.

strengt krav til kausjonistens undersøkelsesplikt. Er det derimot tale om kausjonsstillelse fra en forbruker med en del erfaring fra næringsvirksomhet, stiller saken seg annerledes. Da vil kausjonisten ha andre forutsetninger for å ivareta egne interesser.¹⁹⁷ I tillegg mottar normalt næringskausjonisten et vederlag for kausjonsstillelsen.¹⁹⁸ På bakgrunn av disse forhold, er det rimelig at kausjonistens forretningserfaring får betydning når omfanget av undersøkelsesplikten skal bestemmes.

Avgjørelsen i RG-2001-69 illustrerer at kausjonistens forretningserfaring er et relevant moment ved vurderingen. Spørsmålet i saken var hvem av partene som var nærmest til å bære risikoen for at låntakers insolvens ikke var kommet tilstrekkelig frem på avtaletidspunktet. Retten la betydelig vekt på at kausjonisten delvis var engasjert i driften av det låntakende selskap, og at han derfor hadde god mulighet og oppfordring til å sette seg inn i selskapets økonomi.

I LB-2008-60095 hadde daglig leder i et selskap kausjonert for selskapets lån til anskaffelse av ny firmabil. For å få innvilget full finansiering av bilen, ble det på lånepapirene fastsatt en høyere pris enn hva bilen egentlig var verdt. Ved selskapets mislighold av billånet ble derfor kausjonisten krevet for mer enn bilens verdi, noe han motsatte seg. Ved avveiningen av om bilens verdi falt inn under bankens opplysningsplikt eller kausjonistens undersøkelsesplikt, uttalte retten at kausjonisten ”var daglig leder i Euronet AS, og han var nærmest til å skaffe opplysninger om bilens verdi og tilstand”. Han kunne derfor ikke påberope seg dette som begrunnelse for at banken hadde brutt sin opplysningsplikt etter fil. §59. Heller ikke i RG-2010-463 ble kausjonisten hørt med at det forelå brudd på informasjonsplikten. Retten begrunnet dette med at kausjonisten selv hadde hatt plikt til å gjøre seg kjent med de aktuelle opplysninger ettersom han ”var siviløkonom av utdanning” og at han etter det opplyste hadde ”forretningsmessig erfaring i ulike foretak”. Se tilsvarende betraktninger i BKN-2003-112.

¹⁹⁷ Smith (1997) s. 50.

¹⁹⁸ Smith (1997) s. 51.

Uttalelsene inntatt i BKN-2004-43 kan videre tjene som eksempel. Det uttales her at kausjonisten var ”en erfaren forretningsmann” som hadde drevet egen virksomhet over lengre tid. Nemnda fant det derfor ”helt usannsynlig at klager ikke skulle vite hva det innebærer å undertegne en kausjonserklæring”. Anvendelsen av formuleringen ”helt usannsynlig” indikerer at saken er et klart eksempel på når bankens opplysningsplikt vil bli oppveiet av kausjonistens undersøkelsesplikt, på bakgrunn av kausjonistens næringsmessige erfaring.

Det fremstår på den annen side som noe usikkert hvorvidt kausjonistens økonomi får betydning ved vurderingen. I BKN-2004-43 ble det fremhevet at kausjonisten hadde ”en betydelig formue” ved avveiningen mellom partenes plikter. Saken trekker derfor i retning av at kausjonistens undersøkelsesplikt utvides i de tilfeller hvor han eller hun har god økonomi, mens den derimot vil innskrenkes dersom kausjonisten har små økonomiske ressurser til rådighet. Mindretallet i BKN-2009-89 uttalte imidlertid at omfanget av bankens lovpålagte opplysningsplikt ikke burde påvirkes av kausjonistens økonomi. Etter deres mening vil en formuende kausjonist, på lik linje med forbrukere med svak økonomi, ha krav på og behov for informasjon. Uttalelsene fra mindretallet kan derfor tyde på at det er noe usikkert etter gjeldende rett, hvorvidt kausjonistens økonomi er et relevant moment ved fastleggelsen av undersøkelsesplikten.

Mindretallets uttalelse bør imidlertid ikke tillegges særlig stor vekt. I likhet med de øvrige saker som blir behandlet av Bankklagenemnda, er dette en konkret avgjørelse. I tillegg er det et poeng at synspunktet bare er tilsluttet av et mindretall av medlemmene. Flertallet inntok derimot motsatt standpunkt. Dessuten illustrerer annen praksis at kausjonistens svake økonomi blir vektlagt ved avveiningen. I RG-2001-69 ble det uttalt at bankens opplysningsplikt skjerpes når realkausjonsobjektet er kausjonistens bolig, og det eneste han eller hun eier. Kausjonistens økonomiske situasjon tilsa således at man ikke stilte for strenge krav til undersøkelsesplikten. På bakgrunn av de ovennevnte grunner, må det derfor kunne hevdes at kausjonistens økonomi er et relevant moment når omfanget av kausjonistens undersøkelsesplikt skal bestemmes.

Også andre subjektive forhold ved kausjonisten kan få betydning ved fastleggelsen av undersøkelsesplikten. I praksis ser man for eksempel at alder og sykdommer regnes som relevante momenter ved vurderingen. Fordi slike forhold kan ha stor betydning for hvilke forventninger man med rimelighet kan ha til at kausjonisten selv foretar grundige undersøkelser, vil disse normalt trekke i retning av at undersøkelsesplikten innskrenkes.¹⁹⁹ Det er for eksempel ikke rimelig å kreve at en kausjonist med svekket helsetilstand foretar like grundige undersøkelser som en frisk kausjonist.

Dette synspunktet synes å være anlagt i BKN-2004-43. Kausjonisten fremhevet at han hadde hatt hjerneslag et par år før kausjonsinngåelsen, noe som måtte utvide bankens opplysningsplikt. Som forannevnt kom nemnda til at kausjonistens undersøkelsesplikt måtte skjerpes på bakgrunn av at han var en erfaren forretningsmann som måtte vite hva det innebærer å tegne en kausjon. Retten påpekte at dette måtte gjelde ”selv om han på det aktuelle tidspunkt skulle være noe svekket helsemessig”. Konkrete forhold tilsa således at opplysningene falt inn under kausjonistens undersøkelsesplikt. Uttalelsen viser likevel at kausjonistens helsetilstand kan være et relevant moment ved den konkrete avveiningen. Videre illustrerer saken i RG-2002-1082 at kausjonisten alder også kan være et moment av betydning. I forbindelse med innholdet av bankens opplysningsplikt ble det lagt vekt på at kausjonisten bare var 23 år.

5.2.3 Tilgjengeligheten av det aktuelle forhold

For det annet er det relevant å legge vekt på hvorvidt den aktuelle informasjonen har vært lett tilgjengelig for kausjonisten. Tanken er at kausjonisten bare har krav på opplysninger som han eller hun ikke ville fått kjennskap til ved en rimelig undersøkelse.²⁰⁰ Saken i BKN-2003-107 illustrerer dette. I denne saken hadde et ektepar kausjonert for et selskaps kassakreditt. Før undertegnelsen av kausjonsavtalen mottok de en kopi av bankens bevilgningsbrev, hvor det blant annet fremgikk at kassakreditten var overtrukket. Etter

¹⁹⁹ Heiestad (1993) s. 47.

²⁰⁰ Heiestad (1993) s. 34.

nemndas mening viste brevet at selskapet var i en vanskelig økonomisk situasjon, og kausjonistene hadde hatt god mulighet til å skaffe seg mer informasjon om dette. Det hadde vært fritt frem for kausjonistene til å foreta en nærmere gjennomgang av selskapets økonomiske situasjon før undertegnelsen, og de kunne derfor ikke kreve at banken opplyste om dette etter fil. § 59.

Et tilfelle som går igjen i praksis, er at kausjonisten gjennom sin underskrift på kausjonsavtalen bekrefter at han eller hun har mottatt opplysningene i fil. § 59 på forhånd, til tross for at han eller hun aldri har fått noen av de nevnte opplysninger. En slik passiv holdning fra kausjonisten aksepteres ikke i praksis. I slike tilfeller er informasjonen lett tilgjengelig for kausjonisten, og han eller hun vil derfor ha plikt til å sette seg inn i hva slags opplysninger som bekreftes mottatt. Dette synspunktet synes å være anlagt i BKN-2010-85. Saken gjaldt en kausjonist som hadde tegnet realkausjon for et boliglån som sønnen av sin daværende samboer tok opp i banken. Da banken gjorde kausjonsansvaret gjeldende hevdet hun seg ubundet av kausjonsavtalen fordi hun ikke hadde blitt informert om ”den alminnelige risiko” knyttet til kausjonsansvaret, jfr. fil. § 59 (1) litra a. Retten uttalte at informasjonen hun viste til, hadde vært lett tilgjengelig for henne gjennom et skriv som hun hadde hatt anledning til å lese før undertegnelsen, og var således omfattet av hennes egen undersøkelsesplikt. Lignende betraktninger finnes i LB-2006-66130.

Har derimot de aktuelle forhold vært utilgjengelig for kausjonisten, vil dette være et moment som taler for at undersøkelsesplikten innskrenkes. I slike tilfeller har ikke kausjonisten hatt forutsetninger for å undersøke forholdene nærmere, og det vil dermed være lite rimelig å kreve at han eller hun får kjennskap til disse før kausjonsinngåelsen. Domstolene vektla lignende betraktninger i LB-2009-16051. Kausjonisten anførte at det forelå brudd på § 59 (1) litra h, som følge av bankens manglende opplysninger om en medkausjonists vanskelige økonomiske situasjon. Lagmannsretten understrekte at det i utgangspunktet ”burde vært opp til medkausjonisten selv å vurdere om Bolstads økonomi ville hatt betydning for deres kausjon”. Etter rettens mening måtte imidlertid et minimumsvilkår for undersøkelsesplikt være at det forelå informasjon eller konkrete

forhold som gav kausjonistens foranledning til å undersøke saken nærmere. Retten synes å mene at bankens opplysningsplikt ikke kan modifiseres der hvor kausjonisten mangler opplysninger som gir ham eller henne anledning til å vurdere hvilken betydning det konkrete forhold vil ha for kausjonsansvaret. Etter min mening bør dette være den eneste riktige løsning. Det er rimelig å forvente at banken gir forbrukeren det grunnlag som er nødvendig for å ha mulighet til å foreta undersøkelser. I den forannevnte sak unnlot banken å gi opplysninger om at medkausjonisten hadde misligholdt sin del av kausjonsansvaret, og kausjonisten var således ikke foranlediget til å kontrollere om medkausjonistens anstrengte økonomi ville hatt betydning for hans ansvar.

5.2.4 Press

Det vil for det tredje være relevant å legge vekt på om kausjonisten har vært utsatt for press. I slike tilfeller vil ikke kausjonisten ha anledning til å vurdere kausjonsansvarets fordeler og ulemper på en saklig og upåvirket måte, og en naturlig følge av dette må således være å lempe kravene til hans eller hennes undersøkelsesplikt.²⁰¹ Et eksempel på at dette momentet har vært tillagt vekt, finner man i RG-1999-1375. Saken gjaldt et ektepar som kausjonerte for svigersønnens næringslån til kjøp av en konkursbedrift. Banken stilte krav om kausjonister, og tidlig i låneprosessen ble derfor ekteparet spurt om å tegne kausjon. De gav klart uttrykk for at de ikke ønsket dette. En stund senere ringte imidlertid datteren til sine foreldre og fortalte at hennes familie, herunder deres barnebarn, risikerte å miste hjemmet sitt dersom de ikke fikk hjelp. Retten fremhevet at en slik telefonsamtale utsatte kausjonistene ”for sterkt press”, noe som måtte tale for at deres undersøkelsesplikt ble innskrenket.

I forlengelsen av dette er det også et moment av betydning hvor lang tid kausjonisten har hatt til å foreta undersøkelser. Har kausjonisten fått god tid til å foreta undersøkelser, skjerpes kravene til hva han eller hun burde ha funnet ut.²⁰² Dersom kausjonisten derimot har måttet bestemme seg for om han eller hun ønsker å tegne kausjon under tidspress, vil

²⁰¹ Heiestad (1993) s. 53.

²⁰² Heiestad (1993) s. 57.

kausjonisten normalt ha begrensede muligheter til å foreta undersøkelser. Dette taler således for en innskrenkning av undersøkelsesplikten. Avgjørelsen i RG-1999-1375 illustrerer at momentet blir tillagt vekt i praksis. Retten uttalte blant annet at ”kausjonsavtalen ble inngått under stort tidspress og under ekstraordinære forhold”, noe som måtte trekke i retning av skjerpede krav til bankens opplysningsplikt.

5.2.5 Oppfordring om å undersøke

For det fjerde kan det legges vekt på om de konkrete omstendigheter gir kausjonisten særlig oppfordring om å foreta undersøkelser. Tanken er at det er rimelig å forvente at kausjonisten selv vurderer hva slags virkning slike forhold vil ha for kausjonsavtalen. Foreligger det synlige faktiske forhold som kan ha betydning for kausjonens risiko, må det således kunne stilles noe høyere krav til kausjonistens opptreden før kausjonsinngåelsen enn ellers.²⁰³

Saken i BKN-2003-107 illustrerer dette. I denne saken hadde kausjonistene stilt garanti for et selskaps lån i banken. Spørsmålet var hvem av partene som var nærmest til å bære risikoen for at selskapets vanskelige økonomiske stilling ikke var tilstrekkelig opplyst ved kausjonsinngåelsen. Nemnda kom til at forholdet var omfattet av kausjonistenes undersøkelsesplikt. I sin begrunnelse la nemnda vekt på at kausjonistene hadde mottatt en kopi av bankens bevilgningsbrev omtrent en uke før undertegnelsen av kausjonsavtalen. Av dette fremgikk det at banken gikk med på å forhøye kassakreditrammen, men samtidig ble det opplyst om at kassakreditten var overtrukket. Nemnda fremhevet derfor at kausjonistene måtte ha forstått at de kausjonerte for et utsatt prosjekt. Brevet gav dem oppfordring om å foreta nærmere undersøkelser og vurderinger av selskapets økonomiske situasjon før de kausjonerte. Man fant altså at opplysningene i brevet skjerpet kausjonistenes undersøkelsesplikt, slik at banken ikke var pliktig til å gi nærmere informasjon om selskapets økonomiske stilling i henhold til finansavtaleloven § 59.

²⁰³ Heiestad (1993) s. 60.

Etter den foreliggende praksis synes kausjonistens undersøkelsesplikt dessuten å omfatte den risiko som knytter seg til kausjonsstillelse for et næringsengasjement. Tegnes det kausjon for et lån ytet til næringsvirksomhet, oppfordres således kausjonisten automatisk til å vurdere hvilken risiko næringsvirksomheten medfører for kausjonsansvaret. Dette er blant annet fremhevet i BKN-2003-107, hvor nemnda generelt bemerker ”at kausjon for et næringsengasjement normalt vil innebære større usikkerhet og risiko enn kausjon i sin alminnelighet”. Nemnda uttaler videre at det i slike tilfeller må ”forutsettes at kausjonisten vurderer, og eventuelt foretar undersøkelser om forhold som vil være av betydning for avgjørelsen av om kausjon skal stilles”. Uttalelsene i FINKN-2011-156 illustrerer også at forsvarligheten av den låntakende virksomhet kan falle inn under kausjonistens undersøkelsesplikt. I denne saken hadde medeier, daglig leder og styreformannen i et nystartet selskap stilt kausjon for selskapets lån overfor banken. Da kausjonsansvaret ble aktualisert, påstod kausjonisten seg ubundet av avtalen som følge av at han ikke hadde blitt informert om ”den alminnelige risiko” etter fil. § 59(1) litra a. Retten la vekt på at det måtte anses å ”være allment kjent at det kan ligge en risiko å stille kausjon, ikke minst i oppstartsfasen av et forretningsprosjekt”. Det var da opp til kausjonisten å vurdere forsvarligheten av selskapets virksomhet, og han hadde følgelig ikke krav på denne informasjonen.

Det skal bemerkes at de to forannevnte saker dreier seg om kausjonister med relativt mye forretningserfaring, og som jeg har påpekt over, trekker dette også i retning av en skjerpet undersøkelsesplikt. Tegnes derimot kausjonen av en kausjonist med lite forretningserfaring, er det nærliggende å anta at praksis ikke vil stille like strenge krav til undersøkelser. Det er på det rene at forbrukere uten særlig kjennskap til næringsvirksomhet ikke vil ha samme forutsetninger for å vurdere forsvarligheten av en situasjon hvor et firma stifter gjeld i banken. En naturlig følge av dette er således å lempe kravene til kausjonistens undersøkelsesplikt i slike tilfeller.

5.2.6 Forholdet mellom kausjonisten og låntaker

Et femte moment som kan få betydning når omfanget av kausjonistens undersøkelsesplikt skal bestemmes, er hvorvidt kausjonen er tegnet av en nær venn eller slektning av låntaker.

I slike tilfeller må det normalt kunne legges til grunn at kausjonisten vil være nærmest til å skaffe seg kunnskap om de omstendigheter som kan ha betydning for kausjonsansvaret.²⁰⁴ Dette taler således for at kausjonisten bør ha en utvidet aktivitetsplikt før kausjonsinngåelsen. På tross av dette fremheves det i forarbeidene til finansavtaleloven at det for eksempel ” i alminnelighet ikke kan påregnes at en kausjonist som er ektefelle, i slekt med eller venn av låntaker, har tilstrekkelig innsikt i og forståelse for låntakerens økonomiske stilling”.²⁰⁵ Tanken er at det alltid vil foreligge en viss fare for at låntaker gir uriktig informasjon til kausjonisten. Det er for eksempel ikke lett å fortelle sine nærmeste at man har misligholdt flere av sine forpliktelser overfor banken. Det er dessuten grunn til å tro at kausjonisten vil være forholdsvis lite kritisk til opplysninger som blir gitt av en nærstående låntaker.²⁰⁶ På denne bakgrunn vil nære relasjoner mellom låntakeren og kausjonisten, skjerpe kravene til bankens aktsomhet etter § 59.

Slike betraktninger har også blitt tillagt vekt i praksis. I RG-1999-1375 ble det uttalt at nære familiemessige tilknytninger taler for at banken ”burde ha vært forberedt på at utsagn fra den kapitaltrengende svigersønn alene kunne være utilstrekkelige som informasjonskilde i en slik sammenheng”. Dette skjerpet således bankens opplysningsplikt i henhold til § 59. Uttalelsen i LB-2000-173 er et annet eksempel på at synspunktet er lagt til grunn.

5.3 Rettsvirkninger av brudd på undersøkelsesplikten

Konkluderer domstolen med at kausjonisten er nærmest til å bære risikoen for at det aktuelle forhold ikke var tilstrekkelig opplyst ved kausjonsinngåelsen, og han eller hun har unnlatt å foreta rimelige undersøkelser, vil kausjonsavtalen anses som bindende. I slike tilfeller kan kausjonisten bebreides for å ikke ha befridd seg selv fra villfarelsen, og det er derfor lite rimelig å la dette gå utover banken. En naturlig følge er således at kausjonisten

²⁰⁴ Heiestad (1993) s. 63.

²⁰⁵ NOU 1994:19 s. 179-180.

²⁰⁶ Heiestad (1993) s. 63.

ikke kan gå fri fra kausjonsansvaret som følge av misforståelser vedrørende forhold som han eller hun burde ha fått kunnskap om gjennom undersøkelser.²⁰⁷

²⁰⁷ Se eksempelvis resonnementene i BKN-2004-43 og LB-2008-60095.

6 Kilder

Lovgivning

- 1999 Lov om finansavtaler og finansoppdrag (*finansavtaleloven*)
av 25.juni 1999 nr. 46.
- 1984 Lov om fordringshavernes dekningsrett (*dekningsloven*)
av 08.juni 1984 nr. 59.
- 1918 Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer(*avtaleloven*)
av 31.mai 1918 nr. 4.

Forarbeider

- Prop 65L (2009-2010) Endringer i finansavtaleloven mv.(gjennomføring av direktiv
2008/48/EF om kredittavtaler for forbrukere mv.)
- NOU 2009:11 Kredittavtaler
- Innst.O.nr.84 (1998-1999) Innstilling fra justiskomiteen om lov om
finansavtaler og finansoppdrag (*finansavtaleloven*)
- Ot.prp.nr 41 (1998-1999) Finansavtaler og finansoppdrag (*finansavtaleloven*)
- NOU 1994:19 Finansavtaler og finansoppdrag

Domsregister mv.

Norsk Retstien

Rt.1984 s. 28

Rt.1984 s. 248

Rt.1988 s. 1078

Rt.1995 s. 245

Rt.2005 s. 1447

Rt.2006 s. 1

Rt.2006 s. 1217

Rt.2007 s. 1738

Rt.2008 s. 218

Underrettsdommer

TOSLO-2009-54300

RG-1999-1375

LB-2000-173

RG-2001-69

RG-2002-1082

LB-2006-66130

LB-2008-60095

RG-2009-1162

LB-2009-16051

RG-2010-463

Avgjørelser fra Bankklagenemnda og Finansklagenemnda Bank

BKN-2003-107

BKN-2003-112

BKN-2004-43

BKN-2004-123

BKN-2007-17

BKN-2007-108

BKN-2009-89

BKN-2010-85

FINKN-2011-156

Litteratur

Andenæs, Mads Henry [a] *Konkurs* 3.utg. Oslo, 2009.

Andenæs, Mads Henry [b] *Rettskildelære*. 2.utg. Oslo, 2009.

Beck Thomsen, Hans Helge *Kaution og Garanti samt andre solidariske skyldforhold*
2.utg. København, 2008.

Bergsåker, Trygve *Lærebok i pengekravsrett* 2.utg. Oslo, 2001.

Dietz Legind, Nina *Privat kaution - behovet for en kodifikation af privat kaution
for banklån*. 1.utg. København, 2002.

- | | |
|--|---|
| Eckhoff, Torstein
v/Helgesen, Jan E | <i>Rettskildelære</i> . 5.utg. Oslo, 2001. |
| Hagstrøm, Viggo | <i>Obligasjonsrett</i> 2.utg. Oslo, 2011. |
| Hagstrøm, Viggo | <i>Betydningen av Bankklagenemndas uttalelser</i> . I:
Bankklagenemndas praksis. 2.utg. Oslo, 2000, s. 8-12. |
| Heiestad, Arne | <i>Bankers opplysningsplikt overfor private kausjonister</i> . Oslo,
1993. |
| Møgelvang-Hansen, Peter | <i>Privat kaution for banklån</i> . København, 1995. |
| Smith, Carsten | <i>Studier i garantiretten</i> . Oslo, 1963. |
| Smith, Carsten | <i>Garantikrav og garantistvern</i> . 2. utg. Oslo, 1981. |
| Smith, Carsten
v/ Marianne Olsson og
Therese Smith | <i>Kausjonsrett</i> . 3.utg. Oslo, 1997. |
| Torvund, Olav | <i>Pengekravsrett</i> . Oslo, 1997. |

Artikler

- | | |
|-----------------------|--|
| Hagstrøm, Viggo | <i>Finansavtaleloven § 61 - Høyesteretts dom 5.desember 2008
(HR-2007-02047-A)</i> I: <i>Nytt i privatretten</i> . Nr.1.2008, s.14-16. |
| Hagstrøm, Viggo | <i>Kausjonsretten i forandring</i> .
I: <i>Jussens Venner</i> . 2003,s.45-61. (Sitert fra Lovdata.no)
[Sitert 12.januar 2012] |
| Rigland, Ole Kristian | <i>Kausjon fra forbruker - nye regler om opplysningsplikt</i> .
I: <i>Jussens Venner</i> . 2002, s. 153-185. (Sitert fra Idunn.no)
[Sitert 12.januar 2012] |

Sætermo, Harald

Finansavtalelovens regler om kausjon.

I: Tidsskrift for Forretningsjus. 2005, s. 37-67.

(Sitert fra Lovdata.no) [Sitert 12.januar 2012]

Vinje, Eirik

Forbrukerbegrepet i finansavtaleloven.

I: Lov og Rett. Nr. 6. 2006, s. 298-317. (Sitert fra Idunn.no)

[Sitert 13. Mars 2012]

Andre kilder

Krüger, Kai

Kommentar til Finansavtaleloven. I: Norsk lovkommentar nettversjon. Note 432.

[Sitert 08. mars 2012]

Rundskriv fra Finanstilsynet nr.29 (2011)

Retningslinjer for forsvarlig utlånspraksis for lån til boligformål

http://www.finanstilsynet.no/Global/Venstremeny/Rundskriv_vedlegg/2011/4_kvartal/Rundskriv_29_2011.pdf

[Sitert 14. Mars 2012]

Årsberetning fra Finansklagenemnda (2010)

http://www.finkn.no/assets/FinKN_Aarsberetn_2010.pdf [Sitert 2. Februar 2012]

Hovedavtale for Bankklagenemnda (1988)

<http://www.finkn.no/assets/Avtale%20Bankklagenemnda.pdf> [Sitert 29. Mars 2012]

Avtale om Finansklagenemnda (2010)

<http://www.finkn.no/assets/Partneravtale%20Finansklagenemnda%20endelig%2027%2005%2010.pdf> [Sisert 29. Mars 2012]